

RESOLUCIÓN

Expte. S/0354/11, Oracle

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 20 de febrero de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición expresada, en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo (**TS**) número 583/2018 (recurso de casación 3568/2015), ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/0354/11, incoado por la extinta Dirección de Investigación (**DI**) contra Oracle Corporation y Oracle Ibérica, S.R.L (conjuntamente **ORACLE**) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**).

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES.....	5
II.	LAS PARTES	13
1.	Denunciante	13
2.	Denunciado/s	13
III.	ANÁLISIS DE LOS MERCADOS AFECTADOS.....	14
1.	Mercado de Producto	14
A.	Bases de datos.....	15
B.	Servidores	21
2.	Mercado Geográfico	24
3.	Conclusión de la DI sobre mercados afectados.....	24
4.	Estimación del tamaño de los mercados afectados y cuotas	25
A.	Mercado de bases de datos de alto rendimiento	25
B.	Mercado de servidores de gama alta.....	26
IV.	HECHOS ACREDITADOS	28
1.	HP y ORACLE habían mantenido una fluida relación de trabajo durante más de 25 años hasta que se produjeron los hechos denunciados.....	29
2.	La práctica totalidad de la producción del procesador <i>Itanium</i> de Intel en 2010 es comprada por HP para ser utilizada en su línea de servidores <i>Integrity</i>	29
3.	Con efectos a partir del 24 de septiembre de 2009, ORACLE redujo el <i>core factor</i> de la nueva licencia de la <i>Enterprise Edition</i> de <i>Oracle Database</i> para los servidores que utilizan el procesador <i>Ultrasparc t2+</i> de SUN en un 33%.	29
4.	Con fecha 9 de septiembre de 2010, ORACLE mantuvo que tenía previsto continuar compatibilizando sus productos con los servidores <i>Integrity</i> de HP al igual que hiciera con los demás servidores más importantes basados en el sistema operativo UNIX.....	30
5.	Con efectos a partir del 1 de diciembre de 2010, ORACLE dobló el <i>core factor</i> de la nueva licencia de la <i>Enterprise Edition</i> de <i>Oracle Database</i> para los servidores que utilizaban el procesador <i>Itanium 9320</i> de Intel, comprados a partir de esa fecha.	31
6.	Con fecha 22 de marzo de 2011, ORACLE anunció que dejaba de hacer compatible todo su nuevo software con el procesador <i>Itanium</i>	34

7. Con fecha 8 de febrero de 2010, Intel anuncia públicamente que tiene previsto comercializar dos nuevas versiones del procesador <i>Itanium</i> con los nombres en clave <i>Poulson</i> y <i>Kittson</i>	35
8. Con posterioridad al anuncio por el que dejaba de desarrollar nuevo software para el procesador <i>Itanium</i> , en ORACLE se comenzaron a preparar iniciativas comerciales para captar clientes de servidores <i>HP Integrity</i> en el nuevo contexto competitivo, iniciativas que posteriormente se llevaron a cabo.....	35
9. El personal de ventas de ORACLE interpretó que con su anuncio de 22 de marzo de 2011 estaba dictando la obsolescencia tecnológica del procesador <i>Itanium</i> . Documentos internos de HP e informes de consultoras especializadas tenían en cuenta el futuro incierto de <i>Itanium</i> desde, al menos, 2009 y el escaso interés de Intel en su desarrollo.	37
10. Para los clientes que utilizaban servidores de HP basados en <i>Itanium</i> y <i>Oracle Database</i> , resultaba menos costoso y arriesgado sustituir dicho servidor antes que la base de datos.	39
11. Un elevado número de consumidores que utilizaban conjuntamente servidores de HP basados en el procesador <i>Itanium</i> y <i>Oracle Database</i> declararon verse perjudicados por el anuncio de ORACLE de dejar de hacer compatible su nuevo software con dicho procesador. Dichas quejas fueron previstas por ORACLE.	41
12. HP ofreció a ORACLE asumir completamente el coste de la portabilidad de la nueva versión de Oracle Database (12g) al procesador <i>Itanium</i> el 30 de noviembre de 2011 en el procedimiento de medidas cautelares ante la Autoridad de la Competencia francesa y lo reiteró ante la CNMC.	43
V. FUNDAMENTOS DE DERECHO	44
PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER.....	44
SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE ...	44
TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR	45
3.1. Sobre la delimitación de los mercados afectados	46
3.2. Sobre la posición de dominio.	47
3.3. Sobre la existencia de abusos.....	47
CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA.....	50
4.1. Sobre el mercado de producto relevante.....	50
4.1.1 Bases de datos.....	50
4.1.2. Servidores.....	53
4.2. Sobre la posición de dominio de ORACLE	57
4.2.1 Cuotas de mercado.....	57

4.2.2. Barreras de entrada y de expansión	59
4.2.3 Conclusión sobre la posición de dominio.	61
4.3. Sobre el carácter único de la infracción	62
4.4. Sobre la discriminación de precios abusiva a través de la modificación del core factor.	64
4.5. Sobre la negativa de ORACLE a compatibilizar su nuevo software con los servidores que empleen el procesador <i>Itanium</i>	69
4.5.1 Sobre la negativa a contratar.....	69
4.5.2 Sobre la discriminación abusiva.....	73
QUINTO. OTRAS ALEGACIONES AL ACUERDO DE RETROACCIÓN Y CUESTIONES PLANTEADAS EN FASE DE RESOLUCIÓN	76
5.1. Sobre la solicitud de prueba.....	76
5.2. Sobre la solicitud de vista.....	78
5.3. Sobre la notificación a la Comisión Europea y el acceso a su contestación	78
5.4. Sobre la confidencialidad	78
RESUELVE	79

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 6 de julio de 2011 tuvo entrada en la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) escrito de denuncia de Hewlett Packard Company y Hewlett Packard Española, S.L. (conjuntamente **HP**)¹, en el que se denunciaba a ORACLE, por supuestas conductas prohibidas en el artículo 2 de la LDC y por el artículo 102 TFUE (folios 1 a 386).
2. HP denunciaba la decisión de ORACLE, anunciada el 22 de marzo de 2011, de suspender todos sus desarrollos de software para el procesador *Itanium* de Intel Corporation (**Intel**), utilizado fundamentalmente en la familia de servidores *Integrity* de HP, que pudiera dar lugar a una negativa injustificada en la prestación de servicios y a una discriminación abusiva. Asimismo, según la denuncia, estas prácticas derivarían de la modificación de la política de precios de los sistemas de bases de datos relacionales *Enterprise* de ORACLE a partir de diciembre de 2010, pudiendo originar una discriminación abusiva.
3. En el marco de esta denuncia, HP solicitó la adopción de determinadas medidas cautelares.
4. Como consecuencia de la citada denuncia, la DI, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, inició una información reservada con el fin de determinar si concurrían circunstancias que pudieran justificar, en su caso, la incoación de expediente sancionador.
5. En el marco de dicha información reservada, con fecha 13 de julio de 2011, la DI envió un requerimiento de información a 15 empresas y organismos públicos, usuarios de sistemas de gestión de bases de datos relacionales (folios 400 a 418, y 456 a 461). Estos fueron [XXX]
6. Las respuestas a los anteriores requerimientos tuvieron entrada el 18 de julio de 2011 ([XXX], -folios 472 a 480), 19 de julio de 2011 ([XXX], folios 481 a 483, [XXX], folio 484, [XXX], folios 485 a 490, y [XXX], folios 491 y 492), 20 de julio de 2011 ([XXX], folios 493 a 496), 21 de julio de 2011 ([XXX] folios 497 a 499 e [XXX] -folios 611 a 619), 22 de julio de 2011 ([XXX]-folios 637 a 642, y 651 y [XXX] folios 643 a 645), 26 de julio de 2011 ([XXX] folios 646 a 649), 27 de julio de 2011 ([XXX], folios 653 a 655 y [XXX], folios 656 y 657), 5 de agosto de 2011 ([XXX] folios 703 a 709), y 8 de agosto de 2011 ([XXX] folios 720 a 725).
7. Con base en la información reservada, la DI observó indicios racionales de infracción de la LDC y del TFUE, por lo que, de conformidad con lo

¹ Bajo la denominación HP también se incluye el posterior cambio de razón social de las sociedades a HP Inc. y HP Printing and Computing Solutions, SLU, respectivamente. Véase antecedente 51, *infra*.

establecido en el artículo 49.1 de la LDC, acordó con fecha 28 de julio de 2011 la incoación de expediente sancionador (expediente que quedó registrado con el número S/0354/11) contra ORACLE por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE (folios 658 y 659), concediendo la condición de interesado en el expediente al denunciante HP.

8. Con fecha 29 de julio de 2011, HP presentó un escrito de alegaciones en el que aportó determinada información (folios 673 a 690).
9. Con fecha 16 de septiembre de 2011, la DI envió requerimientos de información a HP (folios 835 a 837), ORACLE (folios 838 a 842), [XXX] (folios 826 a 830), [XXX] (folios 831 a 834), e [XXX] (folios 843 a 846). Sus respuestas tuvieron entrada en la CNC con fechas 28 de septiembre de 2011 (HP, folios 882 a 1.091), 4 de octubre (ORACLE, folios 1.296 a 1.476; [XXX] folios 1.099 a 1.188; [XXX], folios 1.189 a 1.284), y 10 de octubre de 2011 ([XXX], folios 1.493 a 1.515), respectivamente.
10. Con fecha 25 de noviembre de 2011, HP presentó un escrito (folios 1.618 a 2.069) por el que volvían a reiterar su solicitud de adopción de medidas cautelares, basándose en esta ocasión en nueva documentación interna de ORACLE obtenida en el transcurso de la fase de *discovery* del litigio judicial que enfrentaba a ambas sociedades en EE.UU.
11. Con fecha 7 de diciembre de 2011, HP presentó un escrito (folios 2.113 a 2.118) por el que aportaba documentación complementaria a la aportada con fecha 25 de noviembre de 2011.
12. Con fecha 9 de enero de 2012, mediante acuerdo del instructor (folios 2.147 y 2.148), se incorporó al expediente cierta documentación en formato papel procedente de la página web corporativa de ORACLE (folios 2.150 a 2.171).
13. Con fecha 13 de enero de 2012, HP presentó un escrito (folios 2.172 a 2.212) por el que aportaba la versión confidencial de la resolución de la Autoridad de la Competencia francesa sobre denegación de medidas cautelares solicitadas por HP a raíz de las mismas presuntas prácticas anticompetitivas denunciadas en España. Asimismo, en dicho escrito ofrecía una valoración de dicha resolución².
14. Con fecha 16 de enero de 2012, ORACLE presentó un escrito por el que aportaba las alegaciones que había presentado en el marco del

² Autorité de la Concurrence, Décision n°12-D-01, du 10 janvier 2012, relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en oeuvre par les sociétés Oracle Corporation et Oracle France [Decisión nº 12, de 10 de enero de 2012, relativa a una demanda de medidas cautelares sobre unas conductas puestas en marcha por las sociedades Oracle Corporation y Oracle France] (Decisión de la Autoridad de la Competencia francesa) disponible en : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=12D01>

procedimiento francés sobre adopción de medidas cautelares anteriormente reseñado (folios 2.215 a 2.450).

15. Con fecha 25 de enero de 2012, la DI envió requerimientos de información a HP (folios 2.452 a 2.457), ORACLE (folios 2.458 a 2.465), [XXX] (folios 2.466 a 2.473), [XXX] (folios 2.474 a 2.479.1), y [XXX] (folios 2.480 a 2.487).
16. Las respuestas a los anteriores requerimientos tuvieron entrada el 8 de febrero de 2012 (HP, folios 2.526 a 2.601), 10 de febrero de 2012 (ORACLE, folios 2.603 a 2.616; [XXX], folios 2.617 a 2.625), 14 de febrero de 2012 ([XXX], folios 2.627 a 2.643) y 22 de febrero de 2012 ([XXX], folios 2.667 a 2.673, corrigiendo errores presentes en su escrito de 14 de febrero de 2012). Ante la ausencia de respuesta de [XXX] dentro del plazo acordado, se le reiteró la solicitud de información con fecha 17 de febrero de 2012 (folios 2.645 a 2.653.1), respondiendo con fecha 2 de marzo de 2011 (folios 2.718 a 2.720), respuesta completada con un escrito posterior de 5 de marzo de 2012 (folios 2.723 a 2.729).
17. Con fecha 6 de febrero de 2012, la DI envió un nuevo requerimiento de información a ORACLE (folios 2.510 a 2.516), ante el cual la entidad remitió un escrito que tuvo entrada en la CNC con fecha de 24 de febrero de 2012 (folios 2.689 a 2.694) en el que argumentaba que no estaba en disposición de aportar las estimaciones solicitadas por la DI. Ante la falta de respuesta en dicho escrito a lo requerido, la DI reiteró a ORACLE la solicitud de información con fecha 28 de febrero de 2012 (folios 2.697 a 2.702), cuantificando la multa coercitiva diaria a imponer en caso de falta de respuesta (folios 2.711 a 2.715). La respuesta de ORACLE a esta reiteración tuvo entrada el 6 de marzo de 2012 en su versión confidencial (folios 2.730 a 2.899) y el 13 de marzo de 2012 en su versión no confidencial (folios 2.952 a 2.953). La DI consideró que con dicha respuesta ORACLE seguía sin atender a su deber de colaboración y a su obligación de dar cumplida respuesta al requerimiento de la CNC de 6 de febrero de 2011, por lo que se dirigió de nuevo a ORACLE, con fecha 16 de marzo de 2012, para reiterar la solicitud de información concretando la multa coercitiva hasta dicha fecha por el retraso en el cumplimiento de dicha obligación (folios 3.007 a 3.011). La respuesta parcial de ORACLE a la información requerida en la nueva reiteración tuvo entrada en la CNC con fecha 20 de marzo de 2012 (folios 3.013 a 3.058).
18. Con fecha 17 de febrero de 2012, la DI envió un nuevo requerimiento de información a [XXX] (folios 2.654 a 2.659), cuya respuesta tuvo entrada en la CNC con fecha de 24 de febrero de 2012 (folios 2.695 y 2.696).
19. Con fecha 27 de febrero de 2012, ORACLE presentó un escrito por el que solicitaba que se archivase las actuaciones con base en distintos motivos (folios 2.703 a 2.710).

20. Con fecha 13 de marzo de 2012, HP presentó un escrito (folios 2.906 a 2.945) por el que aportaba determinada documentación complementaria.
21. Con fecha 13 de marzo de 2012, la DI envió un requerimiento de información a HP (folios 2.946 a 2.951), cuya respuesta tuvo entrada en la CNC con fecha de 20 de marzo de 2012 (folios 3.060 a 3.116).
22. Con fecha 16 de marzo de 2012, mediante acuerdo del instructor (folios 2.967 y 2.968), se incorporó al expediente cierta documentación en formato papel procedente de distintas páginas web (folios 2.969 a 3.006).
23. El 21 de marzo de 2012 la DI formula el Pliego de Concreción de Hechos (**PCH**) que fue notificado a HP (folios 3.212 a 3.301 y 3.392) y ORACLE (folios 3.302 a 3.391 y 3.393) con fecha 23 de marzo de 2012. Junto con esta notificación, se requirió a ORACLE su volumen de negocios total en el año 2011.
24. Con fecha 20 de abril de 2012, tuvo entrada en la CNC un escrito de ORACLE (folios 3.801 a 4.242) formulando alegaciones al PCH, escrito que fue complementado el 23 de abril de 2012 con la presentación de dos versiones adicionales del mismo (folios 4.244 a 4.382). Junto con sus alegaciones ORACLE solicitó que se suspendiera el plazo máximo para dictar y notificar la Resolución con el fin de cooperar y coordinar actuaciones con la Unión Europea según el art. 37.1 c) de la LDC.
25. Con fecha 24 de abril de 2012, tuvo entrada en la CNC un escrito de HP (folios 4.403 a 4.545) formulando alegaciones al PCH, escrito que fue complementado con fecha 26 de abril de 2012 con la presentación de su versión no confidencial (folios 4.547 a 4.632).
26. Con fecha 21 de marzo de 2012, tuvo entrada en la CNC un escrito de ORACLE, en el que solicitaba levantamiento de la confidencialidad de parte de la documentación, en su mayoría aportada por HP, que había sido declarada cautelarmente confidencial por la DI, (folios 3.394 a 3.405).
27. El 23 de marzo de 2012 se trasladó a HP la solicitud de levantamiento de confidencialidad de ORACLE, para que alegase lo que estimara conveniente en cuanto al levantamiento de la confidencialidad de los documentos que había aportado HP (folios 3.406 a 3.408).
28. Con fecha 26 de marzo de 2012, ORACLE aportó la contestación completa al requerimiento de información de la DI de 6 de febrero de 2012 (folios 3.411 a 3.416 y 3.479 a 3.483).
29. El 30 de marzo de 2012 la DI acordó la imposición de una multa coercitiva a ORACLE de 26.400 euros (folios 3.447 a 3.450), por haber incumplido el deber de colaboración con la CNC, al que hace referencia el antecedente 17.

La imposición de esta multa coercitiva fue recurrida por ORACLE ante el Consejo de la CNC (expediente R/0101/12) el 11 de abril de 2012. El recurso fue desestimado mediante Resolución del Consejo de 10 de julio de 2012, que fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El recurso (rec. 462/2012) fue estimado por la AN mediante sentencia de 26 de diciembre de 2013, porque la información demandada por la CNC no se encontraba en la esfera de disposición de la recurrente.

30. Con fecha 12 de abril de 2012, tuvieron entrada en la CNC las alegaciones de HP (folios 3.488 a 3.786) en relación con la solicitud de levantamiento de confidencialidad de ORACLE de 21 de marzo de 2012. En este escrito, HP levanta parcialmente la confidencialidad previamente solicitada.
31. Con fecha 26 de abril de 2012, la DI dictó un acuerdo en relación con la solicitud de levantamiento de confidencialidad de ORACLE de 21 de marzo de 2012, en el que en parte accedía a la solicitud de ORACLE, pero en el que también se denegaba parcialmente el levantamiento solicitado (folios 4.384 a 4.393). Este acuerdo fue recurrido por ORACLE ante el Consejo de la CNC (expediente R/103/12) el 10 de mayo de 2012. El Consejo desestimó el recurso mediante Resolución de 9 de julio de 2012, que fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Con fecha 15 de mayo de 2013, se declaró firme el decreto de desistimiento (rec. 470/2012).
32. El 9 de mayo de 2012 tuvo entrada en la CNC un escrito de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (folios 4.908 a 4.910) solicitando copia del PCH de 21 de marzo de 2012, así como de las alegaciones de ORACLE al mismo. Esta información fue remitida a la Comisión Europea el 10 de mayo de 2012 (folios 4.912 a 4.914), siendo ORACLE informada de la remisión a la Comisión Europea de sus alegaciones al PCH el mismo 10 de mayo de 2012 (folios 4.915 a 4.919).
33. Con fecha 24 de mayo de 2012, tuvo entrada en la CNC un escrito de ORACLE, en el que solicitaba el levantamiento de la confidencialidad de parte de las alegaciones de HP al PCH que habían sido declaradas cautelarmente confidenciales por la DI (folios 5.019 a 5.030). Esta solicitud de ORACLE se trasladó a HP el 25 de mayo de 2012 (folios 5.031 a 5.035), para que alegase lo que estimara conveniente.
34. El escrito de HP en relación con el levantamiento de la confidencialidad de parte de sus alegaciones al PCH tuvo entrada en la CNC el 4 de junio de 2012 (folios 5.041 a 5.178), junto con una nueva versión no confidencial de sus alegaciones al PCH.
35. El 6 de junio de 2012 la DI acuerda cerrar la fase instrucción y se lo notifica a las partes el 21 de junio de 2012.

36. El 22 de junio de 2012 la DI formula la Propuesta de Resolución (**PR**) que se notifica a las partes en la misma fecha.
37. Con fecha 9 de julio de 2012, la DI dictó un Acuerdo por el que resolvía la solicitud presentada por ORACLE con fecha 24 de mayo de 2012, sobre levantamiento de confidencialidad. Este acuerdo fue recurrido por ORACLE ante el Consejo de la CNC (expediente R/111/12) el 27 de julio de 2012. El recurso fue desestimado mediante Resolución del Consejo de 17 de octubre de 2012.
38. El 18 de julio de 2012 se reciben en la CNC las alegaciones de ORACLE a la PR. El 20 de julio de 2012 se reciben en la CNC las alegaciones de HP a la PR.
39. El 19 de julio de 2012, la DI eleva al Consejo su Informe y Propuesta de Resolución.
40. El 31 de julio de 2012 se recibe escrito de ORACLE en el que solicita que se acuerde la suspensión del plazo del procedimiento para la coordinación con la Comisión Europea y cualquier otra autoridad nacional de competencia que pudiera estar analizando las mismas conductas.
41. El 3 de septiembre de 2012 el Consejo acuerda solicitar alegaciones a las partes acerca de la posibilidad de suspender el cómputo del plazo máximo para resolver en tanto la Comisión Europea toma una decisión sobre las mismas conductas. El Acuerdo es notificado a las partes el 7 de septiembre de 2012 y el 13 de septiembre se reciben las alegaciones. El Consejo, en su reunión de 19 de septiembre, acordó no suspender el procedimiento sin perjuicio de la aplicación del artículo 37.2 a) de la LDC, para el caso en que la Comisión Europea procediese a incoar procedimiento por los mismos hechos. Acuerdo que se notificó a las partes.
42. El 5 de septiembre de 2012 se recibe en la CNC escrito de ORACLE informando que han hecho público un comunicado poniendo de manifiesto que continuará los desarrollos de software para el procesador *Itanium*.
43. El 20 de septiembre de 2012 se recibe en la CNC escrito de HP informando sobre la decisión de 28 de agosto de 2012 del Tribunal Superior de California, Condado de Santa Clara.
44. El 21 de noviembre de 2012 se reciben en la CNC alegaciones adicionales de ORACLE en las que, además, solicita vista si se decidiera no archivar el expediente.
45. El 26 de noviembre de 2012 el Consejo dictó Acuerdo para la remisión a la Comisión Europea de la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, de 16

de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en adelante, **Reglamento 1/2003**), informando a los interesados y suspendiendo, con base en el artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007, el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 27 de diciembre de 2012, se acordó y notificó la reanudación del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia. La CE envió un escrito manifestando su posición el 22 de diciembre de 2012 (folios 9184 a 9189).

46. El 10 y el 20 de diciembre de 2012 se reciben en la CNC alegaciones adicionales de HP (folios 8046 a 8066)
47. El 17 de enero de 2013 tiene entrada en la CNC documento aportando alegaciones de HP reiterando versiones no confidenciales de los escritos de alegaciones presentados al Consejo en fecha 20 de septiembre y 10 y 20 de diciembre de 2012 (Folios 8077-8100). El 25 de febrero de 2013 ORACLE presentó un documento aportando alegaciones (Folios 8101 a 8110)
48. Con fecha 26 de febrero de 2013, el Consejo de la CNC dictó resolución del expediente S/0354/11, acordando que no había resultado acreditada la existencia de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 TFUE y resolviendo el archivo el expediente sancionador (folios 8111 a 8193)
49. HP interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (**AN**) contra dicha resolución, dando lugar a la Sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 2015 (núm. de recurso 06/0168/2013), que estimó parcialmente sus pretensiones, ordenando que *“la Sala de Competencia dicte nueva resolución en la que tenga por acreditados los hechos probados por la Comisión de Investigación en la propuesta de resolución impugnada.”* (Folios 8440 a 8474, en adelante, **la Sentencia de la AN**)
50. Esta sentencia fue recurrida en casación por ORACLE y por la CNMC originando la sentencia del TS número 583/2018 de 10 de abril de 2018 (recurso de casación núm. 3568/2015) (en adelante, **la Sentencia del TS**), en cuya ejecución se dicta esta resolución, que estimaba parcialmente el recurso de estas empresas, declarando *“anulada la referida resolución, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que retrotraiga el procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo y reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada”* (folios 8440 a 8474). El testimonio de dicha sentencia, con expresión de su firmeza, fue recibido en esta Comisión con fecha 20 de julio de 2018 (folio 8471.1).

51. Con fecha 21 de septiembre de 2018, HP remitió escrito poniendo de manifiesto el cambio de razón social de las sociedades Hewlett Packard Company y Hewlett Packard Española, S.L por HP Inc. y HP Printing and Computing Solutions, SLU., respectivamente³ (folios 8402 a 8487).
52. Con fecha 4 de octubre de 2018, la Sala de Competencia de la CNMC acordó (folios 8488 a 8490):
- a. Retrotraer las actuaciones al momento de elevación por parte del órgano instructor del informe y propuesta de resolución en cumplimiento del artículo 50.5 de la LDC y reanudar su tramitación.
 - b. Emplazar a ORACLE y a HP para que presentasen las alegaciones que estimaran convenientes en el plazo de 15 días, así como la información y documentación de la que dispongan en relación con este procedimiento y las prácticas analizadas.
53. Con fecha 13 de noviembre de 2018, después de acceder al expediente tras el acuerdo del 18 de octubre de 2018 y ser concedida la ampliación de plazo en 7 días hábiles el día 22 de octubre de 2018, se recibió escrito remitido por HP en el que se pronunciaba en sentido desfavorable sobre la necesidad de la práctica de pruebas distintas a las ya realizadas, de actuaciones complementarias, de vista oral y de remitir nueva documentación a las autoridades de la UE. El escrito se acompañaba con los documentos de prueba practicada ante la AN (folios 8576 a 8861).
54. Con fecha 14 de noviembre de 2018, tras ser concedida una ampliación del plazo de 7 días hábiles el 19 de octubre de 2018, se recibió escrito remitido por ORACLE en el que solicitaba la admisión de las pruebas propuestas, la celebración de vista conforme al artículo 51.3 de la LDC y la declaración de confidencialidad del escrito remitido y documentos anexos a los mismos (folios 8862 a 9104).
55. Con fecha 22 de noviembre de 2018, se notificó a la Comisión Europea la resolución y la decisión judicial del TS conforme al artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, suspendiéndose el cómputo del plazo para resolver por el plazo de 30 días (folios 9105 a 9113).
56. Con fecha 27 de noviembre de 2018 y 10 de diciembre de 2018, HP y ORACLE solicitaron acceso al expediente. El acceso al expediente fue concedido a ambas empresas el día 14 de diciembre de 2018.
57. Con fecha 21 de diciembre de 2018, ORACLE remitió a la CNMC escrito de alegaciones en el que contestaba al escrito de alegaciones remitido por HP

³ Véase nota al pie 1 respecto a su denominación en la presente resolución.

el día 13 de noviembre de 2018 y solicitaba que se dictara resolución conforme a su escrito de alegaciones remitido el día 14 de noviembre.

58. Con fecha 28 de diciembre de 2018, HP remitió escrito de alegaciones a la CNMC en el que solicitaba el rechazo de la confidencialidad solicitada por ORACLE en su escrito de alegaciones de 14 de noviembre de 2018 y la incorporación al expediente de uno de los informes que acompañaban a dicho escrito y pedía un trámite de audiencia para valorar la prueba practicada y el contenido de la respuesta por parte de la Comisión Europea.
59. Esta resolución ha sido aprobada por la Sala de Competencia en su sesión de 20 de febrero de 2019.

II. LAS PARTES

1. Denunciante

Hewlett Packard Company es una empresa estadounidense que vende bienes y servicios en los sectores de infraestructuras tecnológicas empresariales (servidores, dispositivos de almacenamiento y software relacionado), hardware informático de uso personal y soluciones de impresión e imagen digital, entre otros.

Hewlett Packard Española, S.L., es la filial de Hewlett Packard Company que tiene como objeto la distribución y promoción de sus productos en España.

Con fecha 21 de septiembre de 2018, HP remitió escrito poniendo de manifiesto el cambio de razón social de las sociedades Hewlett Packard Company y Hewlett Packard Española, S.L por **HP Inc. y HP Printing and Computing Solutions, SLU.**, respectivamente. En esta Resolución se denomina conjuntamente como HP a todas las entidades, por formar parte del mismo grupo empresarial.

2. Denunciado/s

Oracle Corporation es una empresa estadounidense que opera en el sector de las tecnologías de la información y, en particular, se dedica al desarrollo, fabricación y distribución de software empresarial (*middleware*, base de datos y software de aplicaciones empresariales) y servicios relacionados. Con la adquisición en enero de 2010 de la empresa Sun Microsystems, Inc., Oracle Corporation pasó a estar también presente en los mercados de hardware (servidores, ordenadores de sobremesa, microelectrónica, y dispositivos de almacenamiento), los sistemas operativos (con el producto *Solaris*) y la tecnología Java.

Oracle Ibérica, S.R.L. es la filial de Oracle Corporation que tiene como objeto la distribución y promoción de sus productos en España.

En esta resolución se denomina a Oracle Corporation y Oracle Ibérica, S.R.L. conjuntamente como ORACLE, por ambas formar parte del mismo grupo empresarial.

III. ANÁLISIS DE LOS MERCADOS AFECTADOS

Las conductas objeto de la presente resolución se desarrollan en el sector de las tecnologías de la información, en particular, en los mercados de bases de datos y servidores. El análisis que sigue de tales mercados debe necesariamente relacionarse con la valoración que sobre los mismos se hace en el fundamento de derecho 4.1.

1. Mercado de Producto

Como pone de manifiesto la DI en la Propuesta de Resolución, de acuerdo con la decisión de la Comisión Europea en el asunto *Microsoft*⁴ se entiende que los sistemas informáticos resultan de la combinación de hardware y software. El hardware es el conjunto de componentes físicos que conforman el dispositivo informático u ordenador. Entre los componentes físicos de un dispositivo informático se encuentran, entre otros, las pantallas, los teclados, los discos duros y los procesadores⁵. El software, por otro lado, es un programa informático o conjunto de instrucciones que sirven para dirigir la operatividad del hardware. Existen dos categorías generales de software; (i) el software de aplicación y (ii) el software de sistema encargado de controlar el hardware, a través de instrucciones emitidas por el software de aplicaciones para cubrir las necesidades específicas del usuario.

En el sector tecnológico, se denomina “infraestructura tecnológica” (en inglés, *technology stack*) al conjunto de hardware y software necesario para el funcionamiento de las aplicaciones de gestión empresarial. Este conjunto está formado por los siguientes segmentos o elementos:

- El **hardware**. En este segmento se incluirían los servidores⁶, las unidades de almacenamiento y los ordenadores personales. Los ordenadores personales que utilizan los usuarios se conocen como “clientes”.
- **Sistema operativo**. El sistema operativo controla las funciones básicas del hardware⁷ (incluido el servidor), para permitir que los empleados de la empresa utilicen las aplicaciones del software empresarial.

⁴ Decisión de la Comisión Europea, de 24 de marzo de 2004, en el asunto COMP/C-3/37.792, *Microsoft* (Decisión Microsoft).

⁵ Un procesador es la parte del sistema informático donde se ejecutan las instrucciones de los programas informáticos y es el elemento principal que lleva a cabo las funciones del ordenador y unidades de almacenamiento.

⁶ Un servidor es un ordenador que ejecuta funciones comunes dentro de la red informática para una pluralidad de ordenadores personales utilizados por los usuarios.

⁷ Decisión Microsoft, nota al pie 4, aptdo 37.

- Las **bases de datos**. Las bases de datos son programas de software que operan sobre la base del sistema operativo y que permiten el almacenamiento y tratamiento de datos.
- El **middleware**. El middleware aglutina un amplio elenco de software que proporciona la infraestructura necesaria para que las aplicaciones de software empresarial puedan ejecutarse en un servidor, puedan ser utilizadas por una pluralidad de dispositivos cliente a través de una red informática y puedan conectar con diferentes fuentes de información.
- El **software de aplicaciones empresariales** que sirve de apoyo a las principales funciones necesarias para una gestión eficiente. Este software se agrupa en diversas categorías según el objeto que tenga: gestión empresarial o ERP, administración de la relación con los clientes o CRM, gestión de la cadena de suministro o SCM, contabilidad, etc.

Como indica la DI en la Propuesta de Resolución, para que la infraestructura tecnológica funcione de manera correcta los distintos segmentos complementarios que la componen han de ser compatibles entre sí. Dada la necesidad de compatibilización de todos los segmentos que forman este conjunto, las empresas tecnológicas suelen colaborar entre ellas, existiendo también operadores que optan exclusivamente por una oferta verticalmente integrada y cerrada de todos los segmentos que configuran la infraestructura tecnológica.

La conducta anticompetitiva denunciada por HP afectaría a la compatibilidad de algunos de los productos complementarios que conforman la infraestructura tecnológica. Así, si las bases de datos de ORACLE no son compatibles con el procesador *Itanium*, el hardware en el que ese procesador está integrado no sería capaz de ejecutar las instrucciones de la base de datos de ORACLE, imposibilitando el funcionamiento de la infraestructura tecnológica. Como el presunto abuso de posición de dominio de ORACLE se daría, según el denunciante, en el mercado de bases de datos y tiene efectos en el mercado de servidores, se examinan a continuación cada uno de los mercados de manera individual.

A. Bases de datos

Las bases de datos son programas de software diseñados para almacenar, organizar, analizar y acceder a información guardada en un formato electrónico. Un sistema de almacenamiento de datos completo está formado por (i) unidades de almacenamiento (por ejemplo, los discos duros), en los que se guardan físicamente los datos y (ii) un sistema (sistema de gestión de bases de datos) para gestionar la organización, el almacenamiento, acceso y seguridad e integridad de los datos.

Siguiendo a la Comisión Europea en la decisión Oracle/Sun⁸, las bases de datos son una pieza fundamental de la infraestructura tecnológica de una empresa, porque gestionan los datos de una empresa, uno de los activos más preciados de la misma ya que contiene información clave del negocio.⁹

Como señala la Propuesta de Resolución¹⁰, el sistema más extendido para organizar las bases de datos es el sistema de gestión de bases de datos relacionales (RDBMS, por sus siglas en inglés), que almacena información en tablas separadas definiendo relaciones entre las mismas, en lugar de hacerlo en una única tabla de gran tamaño. Esto posibilita combinar los datos de diferentes tablas para realizar consultas e informes. La tecnología de bases de datos de tipo relacional permite que las bases de datos sean rápidas, eficientes y tengan gran capacidad, almacenando la información de forma estructurada. En el mercado existen sistemas de gestión de bases de datos no relacionales, pero dado que no presentan las mismas ventajas que los sistemas de bases de datos relacionales (mayor eficiencia y rapidez) su uso no está tan extendido. Por ello, en esta resolución se hace referencia a las RDBMS cuando se mencionen las bases de datos, a no ser que se indique lo contrario.

Las bases de datos admiten una pluralidad de aplicaciones, destacando principalmente el procesamiento online de transacciones (OLTP, por sus siglas en inglés), el procesamiento online analítico (OLAP, por sus siglas en inglés) y el almacenamiento de datos (*data warehousing*, en inglés). Existen bases de datos relacionales de código abierto y de código privado. Las RDBMS cuyo código es propiedad de una empresa (código privado) se licencian normalmente con carácter perpetuo en función del número de usuarios o de la capacidad de procesamiento de los servidores. También se ha ido extendiendo la opción de ofrecer a los clientes la posibilidad de un acuerdo de licencia a empresa (ELA, por sus siglas en inglés), que faculta al cliente a utilizar un número ilimitado de licencias que expiran tras dos o tres años a una tarifa preestablecida.

Por otro lado, la distribución de software de código abierto incluye, al menos, el código fuente del software distribuido. Los softwares de código abierto permiten al desarrollador adaptarlo a sus necesidades. La llamada *Open Source Initiative* lleva a cabo un procedimiento de revisión de las licencias para determinar si la licencia de un software cumple la *Open Source Definition*¹¹. Esta definición exige que el código fuente esté disponible “*de modo abierto*” y que el software de código abierto pueda modificarse y redistribuirse bajo las condiciones de licencia por parte de sus usuarios.

⁸ Decisión de la Comisión Europea, de 21 de enero de 2010, en el asunto COMP/M.5529, *Oracle/Sun Microsystems* (Decisión Oracle/Sun).

⁹ Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, apdos 136 y 137.

¹⁰ Propuesta de Resolución, apdos 41 y ss.

¹¹ Vid. <http://opensource.org/docs/osd>

Los fabricantes de las bases de datos también ofrecen mantenimiento y soporte técnico para sus productos. Para tener acceso al mantenimiento y soporte técnico que proporciona el fabricante de la base de datos (y que incluye el acceso a mejoras y la solución a errores de programación -o *bugs*, siguiendo el término en inglés-), el cliente debe abonar con carácter anual un determinado importe que normalmente se fija como un porcentaje del precio de la licencia. Por tanto, aunque la adquisición de la licencia de la base de datos entraña un pago único (el mercado primario), el cliente con posterioridad paga con carácter recurrente al fabricante por tener derecho al mantenimiento y soporte técnico de la base de datos (el mercado secundario), el cual es suscrito en la práctica totalidad de casos para garantizar un funcionamiento sin problemas de la base de datos en el seno de la empresa. Este servicio de mantenimiento y soporte técnico es clave en la rentabilidad del modelo de negocio de los fabricantes de bases de datos, incluso la única fuente de ingresos en el caso de las bases de datos de código abierto.

Por lo tanto, la oferta en el sector de las bases de datos se puede dividir en dos categorías básicas:

- **Las bases de datos de código de propiedad privada.** Los fabricantes más importantes son ORACLE, IBM, MICROSOFT y SYBASE, según el criterio de la DI. En la decisión Oracle/Sun, se menciona también la empresa *Teradata*¹².
- **Las bases de datos de código abierto.** Los fabricantes más importantes son *MySQL*, *PostgreSQL* e *Ingres*.

Como también indica la DI en la Propuesta de Resolución¹³, existían otras muchas empresas que desarrollaban bases de datos con una presencia menor en el mercado, además de las señaladas en el párrafo anterior.

A continuación, se resumen los productos de ORACLE reflejados en la Propuesta de Resolución. El resto de productos disponibles por el resto de operadores se encuentran detallados en la Propuesta de Resolución (folios 5197-5212).

Tabla 1: Características básicas de Oracle Database

Características	Express	Standard Edition One	Standard	Enterprise
Nº .máx. CPUs	1 CPU	2 sockets de CPU	4 sockets de CPU	Sin límite
Memoria RAM	1 GB	Máximo permitido por el sistema operativo	Máximo permitido por el sistema operativo	Máximo permitido por el sistema operativo

¹² Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdo 118.

¹³ Propuesta de Resolución, aptdo 47.

Tamaño de la base de datos	4 GB	Sin límite	Sin límite	Sin límite
Soporte para 64 Bits	NO	SI	SI	SI

Fuente: página web de ORACLE, (folio 2.150)

Aparte de *Oracle Database*, ORACLE disponía de varias bases de datos especializadas¹⁴. Además, tras la adquisición de *Sun Microsystems*, ORACLE pasó a ofrecer *MySQL*, una base de datos de código abierto. *MySQL* se encontraba disponible en cuatro versiones.

Respecto a la política de precios, ORACLE estipulaba una tarifa de licencia para su software de base de datos y ofrecía de modo separado un contrato de “mantenimiento”. Como ocurre con el software empresarial en general, la tarifa es objeto de negociación entre las partes a partir de una lista de precios y se ajusta en función de diversos factores como el volumen de licencias que se contratan. El contrato de mantenimiento incluye soporte técnico, soluciones de errores de programación y un derecho perpetuo a toda versión futura del software, sin que el consumidor deba abonar una tarifa adicional de licencia.

Según ORACLE (folios 1.311 y 1.312), existen entre las modalidades básicas de licencia de *Oracle Database*:

- Modalidad en función del número de usuarios que usen la versión de *Oracle Database* (modalidad conocida como “*named user plus*”), y
 - Modalidad en función del número de procesadores instalados.
 - Otras modalidades de contratación de licencias cuyo uso es más prevalente entre grandes clientes (folio 1.314), tales como
 - el contrato de licencia de uso de la base de datos de forma ilimitada (conocido en inglés como *unlimited license agreement* o ULA), conforme al cual el cliente puede instalar un número ilimitado de copias del programa por un precio fijo; o
 - un contrato a medida de las necesidades de negocio del cliente.
- ORACLE (folios 1.314 y 1.315).

Tabla 2: Precios de las licencias de ORACLE Database a diciembre de 2011 en €¹⁵

EDICION	Por usuario	Por procesador
Enterprise	750*	37.492

¹⁴ *Oracle Database Lite*, *Oracle TimesTen In-Memory Database*, y *Oracle Berkeley DB*.

¹⁵ * Con una compra mínima de 25 usuarios por instalación ; ** Con una compra mínima de 5 usuarios por instalación ; ***Con una compra mínima de 5 usuarios por instalación.

Standard	276**	13.813
Standard Edition One	142***	4.578

Fuente: página web de ORACLE (folios 2.153 a 2.158)

La DI definió en la Propuesta de Resolución un mercado de producto en función del grado de sofisticación de las necesidades que cada una de las bases de datos permitía cubrir y, por lo tanto, no estaban incluidas todas las bases de datos presentes en el mercado¹⁶.

Para alcanzar esta conclusión se analizó en primer lugar la sustituibilidad por el lado de la demanda¹⁷. La DI señaló que las empresas analizadas, que eran las principales del sector, pero no todas, ofrecían un producto principal con diferentes ediciones y una serie de productos especializados, menos importantes en términos de facturación. La DI destacó que, por lo que respecta a las ediciones de la base de datos principal de cada empresa, se podían clasificar en función de,

- sus características: funcionalidades, componentes opcionales, escalabilidad y seguridad,
- los requisitos de hardware que permitían su uso: número de procesadores, RAM, capacidad de almacenamiento.

Después de examinar las distintas ediciones de una misma base de datos, la DI concluyó que existía una diferenciación vertical de la base de datos principal, porque el mismo producto se presentaba al consumidor en distintas calidades (en función de sus prestaciones y el hardware que requería su uso) y con un precio de la licencia distinto, lo que provocaba que se utilizaran para satisfacer las necesidades de distintos grupos de demanda.

Por tanto, la DI decidió que existía un mercado de bases de datos relacionales de alto rendimiento¹⁸. Este segmento estaría compuesto por las ediciones “*más altas*” de las principales bases de datos, por poder acomodar las cargas de trabajo más exigentes, precisar de una elevada potencia de memoria RAM y procesamiento por parte del hardware, tener fiabilidad contrastada y un servicio de soporte técnico de calidad. La DI destacó, además, el elevado precio de estas bases de datos. Así mismo, su análisis comprobó que la posibilidad de sustituir la versión más alta de una base de datos por la inmediatamente inferior (y así explotar la diferencia de precio) no resultaba posible, pues estas últimas tenían

¹⁶ Propuesta de Resolución, aptdo. 111.

¹⁷ Propuesta de Resolución, aptdo. 112.

¹⁸ Estaría formado por *Enterprise Edition* de Oracle Database, DB2 (IBM), *Enterprise Server Edition* de DB2 (IBM), *Advanced Enterprise Server Edition* de DB2 (IBM), *Ultimate Edition* de Informix (IBM), *Ultimate Warehouse Edition* de Informix (IBM), *Enterprise Edition* de SQL Server (MICROSOFT), *Datacenter Edition* de SQL Server (MICROSOFT), *Enterprise Edition* de Adaptive Server Enterprise (SYBASE), *Cluster Edition* de Server Enterprise (SYBASE) y *Enterprise Edition* de Sybase IQ.

limitado el hardware sobre el que podían funcionar, además de que su espectro de componentes opcionales era más reducido.

Una vez analizada la sustituibilidad por el lado de la demanda, la DI analizó la sustituibilidad por el lado de la oferta. En primer lugar, se señalaba que si bien las distintas ediciones de una misma base de datos compartían el mismo código fuente, era necesario tener en cuenta que todos los principales operadores del sector de las bases de datos ya se encontraban presentes en el segmento de alto rendimiento, por lo que la inclusión de los datos correspondientes a las ediciones de menor rendimiento no contribuiría a clarificar la estructura competitiva de este segmento.

Seguidamente, la DI señaló que se podía afirmar que si los productores de bases de datos de alto rendimiento elevasen conjuntamente el precio de estos productos, resultaba improbable que los productores de bases de datos de rendimiento inferior (y que no estuvieran ya en el mercado con una base de datos de alto rendimiento, como podía ser el caso de los fabricantes de versiones comerciales de bases de datos de código abierto) pudieran entrar con carácter inmediato al mercado de más nivel, habida cuenta de las altas barreras a la entrada y expansión presentes en el mercado. Entre las barreras de entrada y expansión, la DI señaló las siguientes:

- Los altos costes fijos y la complejidad técnica que suponía programar una base de datos cuya carga de trabajo iba a ser más intensa. También habría que sumar el periodo de pruebas necesario para comprobar que el nuevo producto funcione correctamente en las distintas plataformas de hardware y sistemas operativos. Utilizaban como ejemplo el proceso de compatibilización de la versión *11g* de *Enterprise Edition* de *Oracle Database* al sistema operativo *HP-UX*, que tardó más de un año en llevarse a cabo (Folio 1318).
- La necesidad de contar con un servicio global de soporte técnico y mantenimiento de suficiente calidad según los estándares demandados por los clientes.
- Los efectos de red, que provocaban que las bases de datos más implantadas tuvieran escritas más aplicaciones de software empresarial para interactuar con ellas. Una nueva base de datos habría de contar con la certificación para su uso con los productos de software de aplicaciones empresariales más extendidos.
- Los sustanciales costes de cambio en que incurría un consumidor si cambiaba de proveedor de bases de datos, derivados principalmente de la posible pérdida de datos ocasionada por la incompatibilidad entre las bases de datos.

Finalmente, la DI considera en la Propuesta de Resolución que *MySQL* no era parte del mercado relevante, porque en la decisión Oracle/Sun se consideró que

MySQL no competía en un segmento de gama alta. La DI entendió que la delimitación del segmento de gama alta en la decisión Oracle/Sun¹⁹ se ajustaría con el mercado de RDBMS de alto rendimiento definido por ellos. La DI tampoco considera en la Propuesta de Resolución que el resto de bases de datos de código abierto, principalmente representadas por PostgreSQL e Ingres, compitieran en el mercado de bases de datos de alto rendimiento, pese a que gozaban cada vez más de una mayor aceptación, especialmente entre las PYMES²⁰. La razón es que no constituirían un competidor viable de las bases de datos de alto rendimiento, debido a su elenco menos completo de características y componentes opcionales, así como un servicio de soporte que no reunía los estándares que demandaban los clientes de este tipo de bases de datos.

B. Servidores

Un servidor, según la decisión Oracle/Sun²¹, es un ordenador multiusuario de gran potencia destinado a operar en red y al que acceden los usuarios mediante un ordenador personal. Las empresas seleccionan los servidores en función del software que se quiere ejecutar sobre el hardware, es decir, en función de las demás capas de la “infraestructura tecnológica” que vayan a funcionar de manera conjunta. El rendimiento de un servidor depende de manera fundamental del procesador, así como del sistema operativo instalado, porque el conjunto de software elegido influye en el grado en el que se optimizan los recursos físicos del servidor.

Como pone de manifiesto la DI, en las decisiones Oracle/Sun y HP/Compaq²², la Comisión Europea dejó abierta la definición relativa al mercado de servidores, pero en la decisión por posible infracción del artículo 102 del TFUE en el asunto relativo a los servicios de mantenimiento de IBM consideró que existía un mercado de grandes servidores empresariales del que formarían parte los denominados *mainframes*²³. En la decisión IBM, la Comisión Europea consideró que un servidor corporativo, incluidos los *mainframes*, era un ordenador con capacidad de procesar programas que fueran necesarios para el desarrollo colectivo de la empresa²⁴. A pesar de la falta de delimitación expresa, la

¹⁹ Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdo. 614.

²⁰ Propuesta de Resolución, aptado. 130.

²¹ Asunto COMP/C-3/37.345 MICROSOFT, párrafo 47 de la decisión.

²² Decisión de la Comisión, de 31 de enero de 2002, en el asunto COMP/ M.2609, HP/Compaq (Decisión HP/Compaq).

²³ Decisión de la Comisión, de 13 de diciembre de 2011, en el asunto COMP/C-3/39.692 IBM *Maintenance Services* (Decisión IBM) aptdo. 11. Un *mainframe* es “un servidor de gran tamaño, muy potente, que se utiliza frecuentemente para procesar volúmenes de datos muy grandes a altas velocidades. Constituyen la primera alternativa que se comercializó en el mercado para responder a este tipo de necesidad”.

²⁴ Decisión IBM, nota al pie 23, pie de página 16.

Comisión Europea considera que el sector de los servidores se encuentra diferenciado verticalmente.

En este contexto, se debe definir el mercado de producto relevante en el que compiten los servidores de HP que emplean el procesador *Itanium* de Intel, sobre los cuales se habría centrado la presunta conducta anticompetitiva de ORACLE. HP emplea el procesador *Itanium* en su línea de servidores *Integrity*. Los clientes de dichos procesadores y servidores son normalmente empresas de gran tamaño que destinan los servidores a tareas de misión crítica y de *back-end* (sistema de hardware que realiza el tratamiento de los datos)²⁵. En vista de esta información y de la lista de clientes que ha aportado HP durante el procedimiento, se puede concluir que los servidores *Integrity* compiten en un mercado de producto formado por los servidores de alta gama²⁶.

Los servidores de alta gama son aquellos equipos informáticos que presentan las más altas prestaciones técnicas del mercado, por lo que pueden sobrellevar las cargas de trabajo en red más exigentes, tanto en términos de usuarios como de operaciones ejecutadas. Estas prestaciones implican tanto una alta disponibilidad, para lo que el servidor debe de funcionar prácticamente sin interrupción, como fiabilidad, o número muy reducido de errores, en grandes entornos o implantaciones. Todo ello hace que el precio de estos productos se encuentre en el rango alto del sector de los servidores. La venta de este tipo de servidores suele ir asociada con un servicio de soporte técnico de alta calidad que resulta crucial.

Sin embargo, la DI considera en la Propuesta de Resolución que es más ajustado a la realidad del mercado definir un mercado relevante conformado por los servidores de gama alta, que garantizan un elevado nivel de fiabilidad y prestaciones en grandes entornos de red. Estos no serían sustituibles desde el punto de vista de la demanda por los servidores de gama media o baja, pues no alcanzarían los mismos niveles de fiabilidad y prestaciones que los servidores de gama alta. Además, dada la complejidad técnica y los costes de desarrollo de los servidores de gama alta, la DI consideró que la sustituibilidad por el lado de la oferta de los servidores de gama alta con otras tipologías de servidores sería limitada.

Según la DI, tradicionalmente, se han adscrito al segmento de servidores de gama alta tanto los *mainframes*²⁷ como los servidores cuya arquitectura era del tipo *RISC* o *EPIC*, debido a las superioridades técnicas que presentaban²⁸. Los servidores basados en los procesadores *RISC* o *EPIC* también se conocen como pertenecientes a la familia *UNIX*, por funcionar con sistemas operativos que derivan en mayor o menor medida de este sistema operativo. En el mercado existen los siguientes procesadores que utilizan este tipo de arquitecturas:

²⁵ Presentación interna de [XXX], folio 1.202.

²⁶ Esta es la denominación propuesta por ORACLE en la decisión Oracle/Sun, aptdo. 940.

²⁷ Decisión IBM, nota al pie 23, aptdo. 20.

²⁸ Decisión Microsoft, nota al pie 4, aptdo. 57.

- Basados en la arquitectura *RISC*: *Power 7* de IBM, *SPARC* de Oracle y
- Basados en la arquitectura *EPIC*: *Itanium* de Intel.

Tal y como también destacó la DI en la Propuesta de Resolución, existe, además, un importante debate sobre si los servidores basados en arquitectura *X86* de 64 bits permiten igualar las prestaciones de gama alta de los servidores anteriormente señalados, por ejemplo, en términos de *uptime*, que designa el tiempo que un aparato o programa informático puede funcionar sin interrupción y se utiliza como medida de su fiabilidad o estabilidad.

La DI reconoce que existen evidencias de que el desarrollo tecnológico había permitido a los servidores basados en la arquitectura *X86*, cuando varios de ellos trabajan en red, igualar el rendimiento y funcionalidades presentes en los servidores basados en arquitectura *RISC* o *EPIC*. Por último, hay que tener en cuenta que, aunque los sistemas operativos escritos para arquitecturas *UNIX* pudieran no ser compatibles con la arquitectura *x86* en un primer momento²⁹, pueden hacerse compatibles³⁰.

La DI concluyó que no resultaba determinante decidir si los servidores basados en procesadores de arquitectura *x86* de 64 bits pertenecían al mercado de servidores de gama alta, en la medida en que no afectaba a las conclusiones del análisis. La razón es que, con independencia de que se delimitara un mercado de servidores de gama alta más amplio o más estrecho, la presunta práctica anticompetitiva de ORACLE estaría produciendo sus efectos en una parte significativa del mismo, al pretender generar la exclusión del mercado de los servidores basados en el procesador *Itanium* de HP, uno de los principales operadores del mercado.

A continuación, se resume sucintamente los productos de HP y ORACLE en el mercado de servidores como se refleja en la Propuesta de Resolución. El resto de la oferta disponible se encuentra detallada en la Propuesta de Resolución (folios 5224-5225).

La oferta de HP en servidores es la siguiente:

- Arquitectura *EPIC*, bajo el procesador *Itanium* de Intel: *HP Integrity*, entre las que se encuentran dos familias de servidores, *Integrity*³¹ e *Integrity NonStop*³². HP procedió a su renovación completa con modelos basados en el procesador *Itanium 9300* de Intel en 2010.

²⁹ Respuesta de [XXX] al requerimiento de información (Folio 1505): [XXX]

³⁰ Informe de enero de 2012 de *Forrester Research* (Folio 2584): “[...] la habilidad para fabricar un (servidor) *Superdome* en base a *x86*”(Traducción propia).

³¹ Incluye los servidores *Integrity* de montaje en rack, los servidores blade *Integrity* y los servidores *Integrity Superdome*. Esta línea de servidores utiliza primordialmente el sistema operativo *HP-UX*, que es una variación de *UNIX* propiedad de HP.

³² Utiliza el sistema operativo *NonStop*,

- x86: *Proliant*.

La oferta de ORACLE incluye:

- Arquitectura *RISC*, basados en el procesador propio *SPARC*, que utiliza como sistema operativo la variante *Solaris* de *UNIX*, propiedad de ORACLE.
- x86: Incluye los módulos *Sun Blade x6270* y *x6275*, *Sun Fire*, de montaje en rack, y *Exalogic* y *Exadata*, que constituyen conjuntos preconfigurados de servidor, almacenamiento y software.

2. Mercado Geográfico

La DI propone tener en cuenta los precedentes comunitarios ORACLE/SUN y HP/Compaq para definir los mercados geográficos relevantes.

En el caso de las bases de datos, el mercado geográfico relevante sería mundial. Como elementos que sustentan esta definición, cabe mencionar el carácter global de la industria de tecnologías de la información y el hecho de que las mismas bases de datos se compran y se utilizan en cualquier lugar del mundo, sin costes de transporte, si bien se suelen adaptar al idioma del lugar de compra.

Respecto a los servidores, la Comisión Europea estimó que la dimensión del mercado parecía ser al menos el Espacio Económico Europeo (EEE)³³. Esta delimitación se basaría, entre otros motivos, en los reducidos costes de transporte de los servidores en relación al precio del producto, la similitud de preferencias entre los consumidores y las especificaciones del producto, que son muy similares entre los distintos países.

En todo caso, a los efectos del presente expediente, la DI señala que no es necesario pronunciarse sobre la delimitación exacta de los ámbitos geográficos relevantes de los mercados afectados, que en todo caso serían supranacionales, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis.

3. Conclusión de la DI sobre mercados afectados

A los efectos del presente expediente, la DI considera que los mercados afectados serían:

- el mercado de bases de datos relacionales (RDBMS) de alto rendimiento, de ámbito supranacional, y
- el mercado de servidores de gama alta, de ámbito supranacional.

³³ Decisión HP/Compaq, nota al pie 22, aptdo. 23.

4. Estimación del tamaño de los mercados afectados y cuotas

Conforme a los mercados definidos por la DI:

A. Mercado de bases de datos de alto rendimiento

La DI considera que no resulta apropiado estimar su tamaño a partir del número de licencias de RDBMS vendidas, pues las empresas no miden el número de licencias vendidas por unidades, si bien considera que existe una heterogeneidad de métricas empleadas por las empresas a la hora de licenciar sus RDBMS. Por ello, la DI estima que el dato que mejor sirve para realizar una estimación fidedigna de la estructura de la oferta del mercado de RDBMS de alto rendimiento es el importe neto de la cifra de negocios derivada de los productos que lo componen. Este fue el método usado por la Comisión Europea para estimar las cuotas de mercados en la decisión Oracle/Sun³⁴. En dicha decisión la Comisión Europea empleó los ingresos estimados por dos de las principales consultoras tecnológicas del sector, *IDC* y *Gartner*, teniendo en cuenta los ingresos derivados del mantenimiento y soporte técnico del producto, además de los ingresos por la licencia. Asimismo, la DI consideró que han de incluirse en el citado cálculo los ingresos derivados de los componentes opcionales que pueden contratarse dentro de una base de datos, dado que estos componentes carecen de virtualidad sin la base de datos.

Tabla 3: Ingresos por empresa en el mercado mundial de bases de datos de alto rendimiento (€)

EMPRESA	2009		2010		2011	
	Ingresos	%	Ingresos	%	Ingresos	%
ORACLE	[XXX]	[70-80]	[XXX]	[70-80]	[XXX]	[70-80]
IBM	[XXX]	[10-20]	[XXX]	[10-20]	[XXX]	[10-20]
MICROSOFT	[XXX]	[0-10]	[XXX]	[0-10]	[XXX]	[0-10]
SYBASE	[XXX]	[0-10]	[XXX]	[0-10]	[XXX]	[0-10]
TOTAL	6.598.781.894	100	7.456.858.958	100	8.057.439.206	100

Fuente: respuestas a requerimiento de la Dirección de Investigación. Ver aptdo. 175 de la Propuesta de Resolución.

Tabla 4: Ingresos por empresa en el mercado de bases de datos de alto rendimiento en el EEE (€)

EMPRESA	2009		2010		2011	
	Ingresos	%	Ingresos	%	Ingresos	%

³⁴ Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdos. 118 y 150.

ORACLE	[XXX]	[70-80]	[XXX]	[70-80]	[XXX]	[70-80]
IBM	[XXX]	[10-20]	[XXX]	[10-20]	[XXX]	[10-20]
MICROSOFT	[XXX]	[0-10]	[XXX]	[0-10]	[XXX]	[0-10]
SYBASE	[XXX]	[0-10]	[XXX]	[0-10]	[XXX]	[0-10]
TOTAL	2.105.783.798	100	2.302.399.608	100	2.388.159.479	100

Fuente: respuestas a requerimiento de la Dirección de Investigación. Ver aptdo. 175 de la Propuesta de Resolución.

Tabla 5: Ingresos por empresa en el mercado español de bases de datos de alto rendimiento (€)

EMPRESA	2009		2010		2011	
	Ingresos	%	Ingresos	%	Ingresos	%
ORACLE	[XXX]	[70-80]	[XXX]	[60-70]	[XXX]	[70-80]
IBM	[XXX]	[20-30]	[XXX]	[20-30]	[XXX]	[20-30]
MICROSOFT	[XXX]	[0-10]	[XXX]	[0-10]	[XXX]	[0-10]
SYBASE	[XXX]	[0-10]	[XXX]	[0-10]	[XXX]	[0-10]
TOTAL	151.832.505	100	165.909.594	100	161.407.601	100

Fuente: respuestas a requerimiento de la Dirección de Investigación. Ver aptdo. 175 de la Propuesta de Resolución.

B. Mercado de servidores de gama alta

Respecto al mercado de servidores de gama alta, la DI proporciona una estimación basándose en las estimaciones sobre ingresos de los fabricantes de servidores de gama alta que publica con carácter trimestral la consultora tecnológica IDC³⁵. La DI, dado el debate en torno a la adscripción de servidores basados en procesadores con arquitectura x86 al mercado de servidores de gama alta, opta por excluirlos de la estimación, porque no resulta determinante, en la medida que la presunta práctica anticompetitiva habría producido sus

³⁵ Mediante una tabla dinámica titulada « *Worldwide quarterly server tracker* », con datos para el cuarto trimestre de 2011. Para la conversión de cifras a euros, la DI procedió teniendo en cuenta el párrafo 204 de la Comunicación de la Comisión Europea sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. El tipo de cambio fue 1,394 en 2009, 1,325 en 2010 y 1,392 en 2011.

efectos exclusionarios en una parte significativa del mercado de servidores de gama alta, con independencia de la delimitación exacta del mercado.

Tabla 6: Ingresos por fabricante en el mercado de servidores de gama alta a nivel mundial (millones de €)

FABRICANTE	2009		2010		2011	
	Ingresos	%	Ingresos	%	Ingresos	%
IBM	7.064,83	50,7	7.385,06	56,0	7.631,55	59,4
HP	2.831,97	20,3	2.528,12	19,2	2.065,96	16,1
ORACLE	2.262,24	16,2	1.895,61	14,4	1.662,7	12,9
Fujitsu	809,35	5,8	800,72	6,1	362,4	2,8
Hitachi	295,56	2,1	233,18	1,8	208,79	1,6
Unisys	131,54	0,9	96	0,7	108,6	0,8
NEC	286,18	2,1	92,01	0,7	116,54	0,9
SGI	25,31	0,2	11,15	0,1	7,75	0,1
Fujitsu Siemens	62,48	0,4	n.d.	n.d.	592,48	4,6
Bull	158,55	1,1	139,32	1,1	95,14	0,7
Mitsubishi	2,72	0,0	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
Powerleader	1,73	0,0	1,16	0,0	0,19	0,0
Stratus	1,26	0,0	2,01	0,0	0,76	0,0
Toshiba	0,55	0,0	6,71	0,1	1,55	0,0
TOTAL	13.934,27	100	13.191,05	100	12.854,41	100

Fuente: IDC, a partir de las tablas anteriores

Tabla 7: Ingresos por fabricante en el mercado de servidores de gama alta en el EEE (millones de €)

FABRICANTE	2009		2010		2011	
	Ingresos	%	Ingresos	%	Ingresos	%
IBM	1.489,31	46,2	1.450,29	52,3	1.529,35	56,9
HP	682,94	21,2	502,72	18,1	415,5	15,5
ORACLE	651,71	20,2	449,8	16,2	422,88	15,7

Fujitsu	163,89	5,1	214,04	7,7	174,65	6,5
NEC	9,09	0,3	6,15	0,2	39,91	1,5
Bull	143,45	4,4	122,95	4,4	92,69	3,4
Fujitsu Siemens	61,74	1,9	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
Unisys	20,06	0,6	27,98	1,0	10,25	0,4
SGI	2,49	0,1	1,45	0,1	1,56	0,1
TOTAL	3.224,68	100	2.775,38	100	2.686,79	100

Fuente: IDC, a partir de las tablas anteriores.

Tabla 8: Ingresos por fabricantes en el mercado de servidores de gama alta en España (millones de €)

FABRICANTE	2009		2010		2011	
	Ingresos	%	Ingresos	%	Ingresos	%
IBM	86,11	49,4	66,62	53,5	110,45	68,7
HP	46,12	26,5	33,56	26,9	29,51	18,4
ORACLE	37,99	21,8	19,05	15,3	19,29	12
Fujitsu	0,09	0,1	1,04	0,8	0,51	0,3
Bull	3,94	2,3	4,35	3,5	0,91	0,6
TOTAL	174,25	100	124,62	100	160,67	100

Fuente: IDC, a partir de las tablas anteriores.

La DI, por tanto, destaca la fuerte concentración que existe en el mercado mundial de servidores de gama alta, donde los tres principales fabricantes (IBM, HP y ORACLE) aglutinaban en 2011 una cuota de mercado conjunta estimada del 88,4%.

IV. HECHOS ACREDITADOS

Los hechos acreditados en el presente expediente relativos a las prácticas investigadas que se exponen a continuación tienen su origen en la denuncia presentada por HP, con fecha 6 de julio de 2011, en la que se denunciaba a ORACLE, por supuestas conductas prohibidas en el artículo 2 de la LDC y por el artículo 102 TFUE.

Con base en la documentación recabada en el marco del expediente, se han considerado acreditados los siguientes hechos probados:

1. HP y ORACLE habían mantenido una fluida relación de trabajo durante más de 25 años hasta que se produjeron los hechos denunciados.

Tal y como es notorio en el sector informático, con anterioridad a los hechos denunciados, HP y ORACLE colaboraron estrechamente en el mercado sobre la base de sus respectivas fortalezas, HP en el hardware y ORACLE en el software (especialmente, bases de datos), con el fin de ofrecer una oferta conjunta más atractiva al consumidor. Así, se ha destacado por el sector que la complementariedad de la oferta de ambas empresas cimentó una estrecha colaboración durante muchos años (folios 2.975 a 2.978) y ORACLE constituyó el principal socio de HP en materia de bases de datos con anterioridad a los problemas que enfrentan a ambas compañías (folios 2.979 a 2.982).

D. [XXX] ejecutivo de ORACLE, afirmó en 2006 que *“no existe ninguna plataforma más importante para ORACLE que HP e Itanium”* (traducción propia, folios 2.983 a 2.989). En particular, esta cooperación se tradujo en que *Oracle Database* fue compatible con el procesador *Itanium* desde el lanzamiento de la versión *9i release 2* de dicha base de datos en 2002 (i.e., el año siguiente al lanzamiento comercial del procesador *Itanium*, folio 242).

Esta relación fue reiterada por ambas partes el 20 de septiembre de 2010. Por un lado, D. [XXX] manifestó que *“ORACLE y HP continuarán desarrollando y expandiendo una colaboración que se ha prolongado durante 25 años”* (traducción propia, folios 2.990 y 2.991). Por otro lado, en unas declaraciones recogidas en una página web de ORACLE, HP señaló que ambas empresas *“han trabajado estrechamente en trabajos de ingeniería informática e integración de productos durante 30 años”* (traducción propia, folio 2.992).

2. La práctica totalidad de la producción del procesador *Itanium* de Intel en 2010 es comprada por HP para ser utilizada en su línea de servidores *Integrity*.

HP adquirió la práctica totalidad de la producción del procesador *Itanium* en 2010 para utilizarla en su línea de servidores *Integrity*, lo cual viene corroborado por el propio fabricante de estos procesadores, Intel (folio 1.500).

3. Con efectos a partir del 24 de septiembre de 2009, ORACLE redujo el *core factor* de la nueva licencia de la *Enterprise Edition* de Oracle *Database* para los servidores que utilizan el procesador *UltraSPARC t2+* de SUN en un 33%.

Tal y como muestra la tabla de *“factores de los núcleos del procesador”* de ORACLE (folio 2.159), ORACLE redujo a nivel mundial el precio de las nuevas licencias de la *Enterprise Edition* de Oracle *Database* a aquellos servidores que emplean el procesador *UltraSPARC T2+* de SUN a partir del 24 de septiembre de 2009, con independencia de la modalidad de licencia escogida (por usuario o por procesador).

Más concretamente, ORACLE rebajó el llamado *core factor* de este tipo de procesador, pasando de 0,75 a 0,5. Este factor modula el número de licencias de la *Enterprise Edition* de *Oracle Database* que debe adquirir un cliente (ya sea por usuario o por procesador) en función del número de núcleos presentes en los procesadores del hardware en el que se vaya a instalar la base de datos. Así,

- si el cliente obtiene sus licencias por medio de la **modalidad basada en el número de procesadores**, el número de licencias que precisará se determinará multiplicando el número total de núcleos contenidos en los procesadores del servidor del cliente por el *core factor* especificado por ORACLE.³⁶
- en cambio, si el cliente obtiene su licencia por medio de la **modalidad de número de usuarios**, el número de licencias que necesitará se determinará en función del número de usuarios, existiendo un número mínimo de licencias que debe adquirir. A su vez, este número mínimo de licencias se determina en función del número y tipo de procesadores utilizados por el hardware en el que se va a instalar la base de datos, de acuerdo con el procedimiento fijado por ORACLE descrito anteriormente.

Por tanto, a la luz de lo anterior, el *core factor* de las nuevas licencias de bases de datos para servidores que utilizaban el procesador *UltraSPARC T2+* se redujo un 33% para la modalidad basada en el número de procesadores, de uso más extendido que la modalidad por número de usuarios.

En el caso de licencias por usuario, la rebaja del *core factor* implica un efecto más limitado pues se produce una reducción en la misma proporción del número mínimo de usuarios que es preciso contratar para acogerse a dicha modalidad.

La modificación del *core factor* tiene un efecto más limitado en aquellos clientes existentes que cuentan con una licencia ilimitada.

Esta rebaja se produjo antes de que ORACLE hubiera adquirido el control exclusivo de SUN, aunque lo había notificado a las autoridades de competencia³⁷.

4. Con fecha 9 de septiembre de 2010, ORACLE mantuvo que tenía previsto continuar compatibilizando sus productos con los servidores

³⁶ Un servidor con una CPU *UltraSPARC T2+*, de 4 núcleos, procesador que tiene un *core factor* de 0,5 (es decir, cada núcleo equivale a medio procesador a nivel de licencia), implica que el número total de licencias que se deben adquirir es de 2 ($0,5 \times 4$).

³⁷ La operación de concentración entre ORACLE y Sun fue notificada a la Comisión Europea el 30 de julio de 2009

***Integrity* de HP al igual que hiciera con los demás servidores más importantes basados en el sistema operativo UNIX.**

Tal y como consta acreditado en el expediente, ORACLE se dirigió por carta a clientes de HP, con fecha 9 de septiembre de 2010, para informarles, entre otros aspectos, de lo siguiente:

“En relación con la estrategia de ORACLE en materia de lanzamiento de productos para hardware, ORACLE tiene como objetivo continuar comercializando sus nuevos productos para HP-UX Integrity durante un periodo de tiempo similar al de los demás servidores estratégicos basados en UNIX. [...] [...] Oracle pretende continuar comercializando productos de calidad para Integrity” (traducción propia, folio 142).

- 5. Con efectos a partir del 1 de diciembre de 2010, ORACLE dobló el *core factor* de la nueva licencia de la *Enterprise Edition* de Oracle Database para los servidores que utilizaban el procesador *Itanium 9320* de Intel, comprados a partir de esa fecha.**

Tal y como reconoce ORACLE (folio 1.592) y muestra también la tabla de “factores de los núcleos del procesador” de ORACLE (folio 2.159), a partir del 1 de diciembre de 2010 dobló el *core factor* de las nuevas licencias de la *Enterprise Edition* de Oracle Database a nivel mundial de aquellos servidores que empleaban el procesador *Itanium 9300* de INTEL, con independencia de la modalidad de licencia escogida (por usuario o por procesador).

Más concretamente, ORACLE aumentó el *core factor* de este modelo de procesador, pasando de 0,5 a 1. Con esta modificación, ORACLE situó a los servidores que utilizaran la serie *Itanium 93XX* con el mismo *core factor* que los servidores que utilizaran el procesador *Power* de IBM (folio 2.159).

Este factor modula el número de licencias de la *Enterprise Edition* de Oracle Database que debe adquirir un cliente (ya sea por usuario o por procesador), en función del número de núcleos presentes en los procesadores del hardware en el que se vaya a instalar la base de datos. Así,

- si el cliente obtiene su licencia por medio de la modalidad basada en el número de procesadores, el número de licencias que precisará se determinará multiplicando el número total de núcleos contenidos en los procesadores del servidor del cliente por el *core factor* especificado por ORACLE³⁸.

³⁸ En el presente caso, un servidor con dos CPUs *Itanium 9300*, de 4 núcleos, procesador que tiene un *core factor* de 1, es decir, cada núcleo equivale a 1 procesador a nivel de licencia, implica que el número total de licencias que se deben adquirir es de 8 (1 x 4 x 2).

- En cambio, si el cliente obtiene su licencia por medio de la modalidad basada en el número de usuarios, el número de licencias que necesitará se determinará en función del número de usuarios, existiendo un número mínimo de licencias que debe adquirir. A su vez, este número mínimo de licencias se determina en función del número y tipo de procesadores utilizados por el hardware en el que se va a instalar la base de datos, de acuerdo con el procedimiento fijado por ORACLE descrito anteriormente.

Por tanto, a la luz de lo anterior, el precio de las nuevas licencias para servidores que utilizan el procesador *Itanium 9300* se duplicó respecto al sistema de licenciamiento por procesador, de uso más extendido que la modalidad por número de usuarios.

En el caso de las licencias basadas en el número de usuarios, el efecto es más limitado. La duplicación del *core factor* se traduce en que se dobla el número mínimo de usuarios que es preciso contratar para acogerse a dicha modalidad.

En el caso de licencias ULA, el cliente solo se vería afectado por el aumento del *core factor*, si tras el final del periodo de prueba tiene que adquirir nuevas licencias y si su procesador *Itanium* es adquirido con posterioridad al 1 de diciembre de 2011.

La modificación del *core factor* no se aplicaba con carácter retroactivo. Consecuentemente, los clientes de ORACLE con un procesador *Itanium 9300* comprado con anterioridad al 1 de diciembre de 2010 continuaban pagando su licencia con base en un *core factor* de 0,5. De los catorce usuarios de sistemas de gestión de bases de datos relacionales que respondieron al requerimiento de información entre julio y agosto de 2011, solo una empresa de doce que combinaban la base de datos relacional de Oracle con el servidor *Integrity* manifestó haber visto modificada la oferta para los procesadores *Itanium* por el aumento del *core factor*.³⁹ Tres entidades afirmaron que por sus modelos de licencia el anuncio de ORACLE no les afectaba⁴⁰.

El experto económico de HP en el procedimiento judicial ante el Tribunal Superior del Estado de California testificó que la modificación del *core factor* por parte de ORACLE [XXX] (folios 7064 a 7072)⁴¹. Dos correos internos de ORACLE arrojan luz sobre el proceso de decisión que condujo a la adopción de esta modificación:

- El primer correo electrónico data del 9 de noviembre de 2010 y lleva por título “*Re: Heads up to IBM and HP*”. Este correo electrónico

³⁹ Véase contestación al requerimiento de información por [XXX] (folios 481 a 483).

⁴⁰ Véase contestación al requerimiento de información de [XXX]. (folios 497 a 499), [XXX] (folios 472 a 480) y [XXX] (folios 656 y 657)

⁴¹ « [XXX] » Véase folio 7069.

contiene una cadena de correos electrónicos intercambiados entre D. [XXX], y D. [XXX] (folio 1.796).

Por orden cronológico, en el primer correo electrónico de la cadena, D. [XXX] dice:

[XXX]

A lo que D. [XXX] contesta:

[XXX]

Respondiendo a su vez D. [XXX]:

- [XXX] El segundo correo data del 12 de diciembre de 2010 y lleva por título “*Re: Core Factor changes–Update*”. Este correo electrónico contiene una cadena de correos electrónicos intercambiados que se presentan por orden cronológico (folio 1.798)

En primer lugar, D. [XXX] se dirige a D. [XXX], y a D. [XXX], en los siguientes términos:

[XXX]

A continuación, D. [XXX] escribe:

[XXX]

a lo que D. [XXX] contesta:

[XXX]

Por otra parte, correos internos entre D. [XXX] y [XXX] de HP muestran que dicha entidad era consciente de que se podía estar revirtiendo una ventaja previa en precio (folios 6778-6779):

- El primer correo es enviado por D. [XXX], a Dña. [XXX] de HP [XXX] con el título: *FW: Oracle pricing for Integrity*:

[XXX]

A lo que Dña. [XXX] de HP [XXX], contesta:

[XXX]

6. Con fecha 22 de marzo de 2011, ORACLE anunció que dejaba de hacer compatible todo su nuevo software con el procesador *Itanium*.

Con fecha 22 de marzo de 2011, ORACLE hizo público el siguiente comunicado de prensa que señala textualmente:

"ORACLE abandona el desarrollo de software para el procesador Itanium de Intel.

REDWOOD SHORES, Calif., 22 de marzo de 2011

Tras diversas conversaciones con la cúpula directiva de Intel, Oracle ha decidido dejar de desarrollar todo su software para el procesador Itanium de Intel. Los directivos de Intel han dejado claro que su interés estratégico se encuentra centrado en su procesador x86 y que Itanium se estaba aproximando al final de su vida.

Tanto Microsoft como RedHat ya han abandonado el desarrollo de software para Itanium. El CEO de HP, Leo Apotheker, no hizo ninguna mención a Itanium en su larga y detallada presentación sobre la futura dirección estratégica de HP.

Oracle continuará proporcionando a sus clientes soporte técnico en las versiones actuales de productos de software de Oracle que se encuentran funcionando sobre Itanium" (traducción propia, folio 127).

Este anuncio de ORACLE implicaba que todas las nuevas versiones del software de ORACLE (bases de datos, *middleware*, aplicaciones de software empresarial...) lanzadas a partir de dicha fecha no funcionarían en aquellos servidores que utilizaran procesadores *Itanium*. En este sentido, ORACLE tenía previsto lanzar en otoño de 2012 la nueva versión de *Oracle Database* la versión *12g*, (folio 1.311).

Como afirma el comunicado, otros competidores también habían cesado sus desarrollos para el servidor *Itanium*. En particular, Red Hat y Microsoft habían abandonado los desarrollos para los servidores *Itanium* en 2009 y 2010, respectivamente⁴².

⁴² Véase The Register « *Red Hat pulls plug on Itanium with RHEL 6* » disponible en https://www.theregister.co.uk/2009/12/18/redhat_rhel6_itanium_dead/ y The Register « *Microsoft pulls plug on Intel's Itanic.* » disponible en https://www.theregister.co.uk/2010/04/05/microsoft_pulls_plug_itanium/

7. Con fecha 8 de febrero de 2010, Intel anuncia públicamente que tiene previsto comercializar dos nuevas versiones del procesador *Itanium* con los nombres en clave *Poulson* y *Kittson*.

Con fecha 8 de febrero de 2010, al anunciar el lanzamiento de la actual generación del procesador *Itanium* conocida como serie 9300 (siendo su nombre en clave Tukwila), Intel se comprometió públicamente a comercializar dos nuevas generaciones del procesador *Itanium* con los nombres en clave *Poulson* y *Kittson* (folio 2.974).

Al día siguiente del anuncio de ORACLE relativo a su decisión de dejar de compatibilizar su nuevo software con servidores que utilizaran el procesador *Itanium*, el 23 de marzo de 2011, Intel hizo público el siguiente comunicado de prensa en el que reiteró su anterior compromiso:

"A raíz de los recientes anuncios de Oracle, Intel aprovecha esta oportunidad para reiterar expresamente sus planes para el procesador Itanium. 'El trabajo de Intel en materia de procesadores y plataformas Itanium de Intel continúa al mismo ritmo con diversas generaciones de procesadores en desarrollo y bajo el calendario previsto', dijo Paul Otellini, presidente y CEO de Intel Corporation. "Nos mantenemos firmemente comprometidos a producir una hoja de ruta competitiva y que cubra varias generaciones para HP-UX y otros consumidores de sistema operativo que utilizan la arquitectura Itanium". Poulson es la próxima generación de procesadores basados en Itanium con 8 cores de 32 nm, y se encuentra en camino de doblar el rendimiento de la actual arquitectura Tukwila. Kittson es una hoja de ruta oficialmente comprometida para Itanium más allá de Poulson y también se encuentra bajo desarrollo activo. En un discurso del próximo foro de desarrolladores de Intel que tendrá lugar en Pekín se destacará el impulso que tiene la industria del procesador Itanium de Intel" (traducción propia, folio 146).

Con posterioridad a este comunicado, en el Foro de desarrolladores de Intel de Pekín celebrado en abril de 2011, D. [XXX] reveló que Intel esperaba comercializar *Poulson* en la primera mitad de 2012 y *Kittson* hacia 2014 (folios 2.994 a 2.997).

Intel reiteró estos planes de desarrollo ante la extinta CNC, pero no se había comprometido a ningún plan de trabajo más allá de *Kittson* (folios 1.502 y 1.503).

8. Con posterioridad al anuncio por el que dejaba de desarrollar nuevo software para el procesador *Itanium*, en ORACLE se comenzaron a preparar iniciativas comerciales para captar clientes de servidores HP

Integrity en el nuevo contexto competitivo, iniciativas que posteriormente se llevaron a cabo.

Los siete documentos internos de ORACLE que a continuación se detallan muestran como al día siguiente de anunciar que dejaba de desarrollar nuevo software para el procesador *Itanium*, ORACLE empezó a preparar iniciativas comerciales para captar clientes de servidores HP *Integrity* que sabía utilizaban su software.

Con fecha 23 de marzo de 2011, en un correo interno de ORACLE titulado “*Re: FW: Oracle to stop software development on Itanium*”, D. [XXX] de ORACLE ([XXX]) escribe a [XXX] ORACLE, [XXX], a propósito del anuncio de 22 de marzo de 2011 sobre el procesador *Itanium*:

[XXX]

En ese mismo día, 23 de marzo de 2011, en un correo electrónico interno de ORACLE titulado [XXX], D. [XXX] escribe:

[XXX]

Este mismo ejecutivo envía otro correo electrónico interno con idéntico título también ese mismo día (folio 1.762) que señala:

[XXX]

Con fecha 25 de marzo de 2011, un correo interno de ORACLE, titulado [XXX] revela que ese día se puso en marcha el llamado programa [XXX] para el área geográfica de Europa, Oriente Medio y África (EMEA, por sus siglas en inglés), y cuyo contenido se detalla en el propio correo (folios 1.743 a 1745):

[XXX]

Con fecha 28 de marzo de 2011 empleados de la división norteamericana de venta de hardware de ORACLE mantuvieron una conferencia telefónica de cuya transcripción (folios 1.769 a 1.773) cabe destacar los siguientes fragmentos:

[XXX]

Introducción

[XXX]

Cierre

- [XXX]

En una cadena posterior de correos electrónicos internos de ORACLE, se da cuenta del grado de cumplimiento de la campaña de acción detallada en la mencionada conferencia telefónica de 28 de marzo de 2011 (folios 1.775 a 1.779).

En un correo electrónico interno de ORACLE, de fecha 17 de junio de 2011 y titulado [XXX], D. [XXX] da cuenta del contenido de una reunión interna al más alto nivel de la división de hardware de ORACLE, celebrada el 14 de junio de 2011, y a la que asistieron responsables de las distintas regiones mundiales. Del contenido de dicho correo electrónico cabe destacar lo siguiente:

[XXX]

9. **El personal de ventas de ORACLE interpretó que con su anuncio de 22 de marzo de 2011 estaba dictando la obsolescencia tecnológica del procesador *Itanium*. Documentos internos de HP e informes de consultoras especializadas tenían en cuenta el futuro incierto de *Itanium* desde, al menos, 2009 y el escaso interés de Intel en su desarrollo.**

Con fecha 27 de marzo de 2011, D. [XXX] de ORACLE en su calidad de [XXX], envió un correo electrónico interno (folio 2.681) en el que realiza la siguiente afirmación a propósito del texto de una comunicación de marketing dirigida a captar clientes de HP tras el anuncio de 22 de marzo de 2011 de ORACLE por el cual su nuevo software dejaba de ser compatible con el procesador *Itanium* (esta comunicación, titulada [XXX], aparece como un documento adjunto al correo electrónico al que responde D. [XXX], correo que también consta en el expediente en los folios 2.681 a 2.686):

[XXX]

Documentos internos de HP también se refieren a la situación de obsolescencia tecnológica del procesador *Itanium*.

- El primer correo es enviado por D. [XXX], a D. [XXX] ya el 13 de noviembre de 2009 bajo el título: “[XXX]” en el que se señala que:
- [XXX] En la presentación [XXX] llevada a cabo en abril de 2010, D. [XXX], recomendaba [XXX].
- Otro correo de D. [XXX], enviado el 4 de junio de 2009 a D. [XXX] titulado [XXX], esgrime como motivo del correo que [XXX] (traducción propia) y además cataloga a la situación de *Itanium* como [XXX] (traducción propia) con el objetivo de no dar a las regiones [XXX] (traducción propia) (folio 6798).

Los ingresos de HP de servidores basados en la arquitectura RISC/EPIC (por tanto, no incluye los servidores basados en x86), entre los que se encuentran los

servidores *Itanium*, cayeron en 2009, 2010 y 2011 para HP a nivel mundial, en el EEE y en España, según datos de la consultora IDC (folios 2907 a 2908 y 2923 y 2925, págs 45 y 46 de la PR)⁴³.

Tabla 9: Ingresos por fabricante de servidores basados en la arquitectura RISC/EPIC a nivel mundial (millones de €)

FABRICANTE	2009		2010		2011	
	Ingresos	%	Ingresos	%	Ingresos	%
IBM	4.388,91	42,7	4.231,11	45,8	4.500,38	49,5
HP	2.831,97	27,5	2.528,12	27,4	2.065,96	22,7
ORACLE	2.262,24	22	1.895,61	20,5	1.662,7	18,3
Fujitsu	304,18	3	257,26	2,8	n.d.	n.d.
Hitachi	134,11	1,3	97,33	1,1	89	1
NEC	159,3	1,5	82,03	0,9	76,05	0,8
Bull	140,81	1,4	130,34	1,4	95,14	1
SGI	25,31	0,2	11,15	0,1	7,75	0,1
Powerleader	1,73	0,0	1,16	0,0	0,19	0,0
Stratus	1,26	0,0	2,01	0,0	0,76	0,0
Toshiba	0,55	0,0	6,71	0,1	1,55	0,0
Fujitsu Siemens	23,61	0,2	n.d.	n.d.	592,48	6,5
Unisys	14,33	0,1	0,41	0,0	n.d.	n.d.
TOTAL	10.288,32	100	9.243,24	100	9.091,96	100

Tabla 10: Ingresos por fabricante de servidores basados en la arquitectura RISC/EPIC en el EEE (millones de €)

FABRICANTE	2009		2010		2011	
	Ingresos	%	Ingresos	%	Ingresos	%
IBM	846,27	35,4	721,94	39,1	758,32	44,1
HP	682,94	28,5	502,72	27,2	422,88	24,6
ORACLE	651,71	27,2	449,8	24,3	415,5	24,2
Bull	132,11	5,5	120,16	6,5	92,69	5,4
Fujitsu	40,22	1,7	51,8	2,8	26,81	1,6
SGI	2,49	0,1	1,45	0,1	1,56	0,1
Fujitsu Siemens	22,87	1	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
Unisys	14,03	0,6	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
TOTAL	2.392,63	100	1.847,87	100	1.717,76	100

Tabla 11: ingresos por fabricante de servidores basados en la arquitectura RISC/EPIC en España (millones de €)

FABRICANTE	2009		2010		2011	
	Ingresos	%	Ingresos	%	Ingresos	%
IBM	55,78	38,9	44,91	43,6	46,68	48,2
HP	46,12	32,2	33,56	32,6	29,51	30,5
ORACLE	37,99	26,5	19,05	18,5	19,29	19,9
Fujitsu	0,09	0,1	1,04	1	0,51	0,5

⁴³ Vid. El apartado 4B sobre el mercado de servidores de gama alta, *supra*, sobre la metodología.

Bull	3,25	2,3	4,35	4,2	0,91	0,9
TOTAL	143,23	100	102,92	100	96,9	100

Diversos informes técnicos realizados por consultoras independientes también ponían de manifiesto que los servidores *Itanium* no tenían perspectivas positivas de futuro.

- En 2010, *Gartner* previó que “durante esta década, se desarrollará una distribución bipolar, con x86 como una primera opción, y Power [de IBM] como una influencia secundaria.” (folios 6998 a 7002).
- Por su parte, la consultora *IDC*, concluyó en junio de 2011, tras realizar una macroencuesta sobre las tendencias para la migración de plataformas que “una confluencia de factores ha ayudado a acelerar la tendencia de migrar plataformas y han aumentado el nivel de carga de trabajo [workload en inglés] que están siendo migrados a plataformas x86- El triple juego reciente entre la recesión económica del 2008-2009 y el lanzamiento de procesadores x86 más potentes por Intel, combinado con el auge del mercado de la virtualización, ha ayudado a crear unas condiciones particularmente favorables para Windows, Linux, y sobre todo el mercado de servidores x86, para adjudicarse la implementación de nueva generación.” (traducción propia, folios 6911 a 6929)
- También, la consultora *Forrester*, en documentos presentados por HP ante la CNC (folios 2583 a 2590) llega a indicar que “HP dispone de la tecnología y los recursos suficientes para portar HP UX a una plataforma x86. Tiene sistemas x86, como el DL980, que son plataformas respetables para HP-UX, así como la capacidad para producir una variante del Superdome basado en el x86. Forrester considera que HP se ha resistido a este movimiento durante muchos años para preservar los ingresos del sistema *Itanium*.” (traducción propia)

10. Para los clientes que utilizaban servidores de HP basados en *Itanium* y *Oracle Database*, resultaba menos costoso y arriesgado sustituir dicho servidor antes que la base de datos.

La transferencia de datos de una base de datos a otra, proceso conocido como migración de la base de datos, constituye un ejercicio particularmente costoso, laborioso y arriesgado en cuanto a la posible pérdida de datos, tal y como han subrayado la Comisión Europea⁴⁴ y la Autoridad de la Competencia francesa⁴⁵.

⁴⁴ Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdo. 136.

⁴⁵ Decisión de la Autoridad de la Competencia francesa, nota al pie 2.

Dados estos riesgos y costes, la mayoría de las empresas tienden a utilizar la misma base de datos durante muchos años, pasando de una versión a otra más nueva según surja la necesidad, en un proceso que también entraña costes y riesgos, aunque en menor medida que el cambio de proveedor de base de datos⁴⁶.

Estas conclusiones han sido confirmadas por clientes españoles requeridos en el marco de la información reservada que dio lugar a la incoación del presente expediente. Ante el anuncio de que las nuevas versiones de *Oracle Database* iban a dejar de ser compatibles con los servidores *Integrity* de HP, ocho de los doce clientes consultados que afirmaron utilizar ambos productos conjuntamente⁴⁷ manifestaron que dejarían de comprar servidores *Integrity* de HP, antes que abandonar *Oracle Database*⁴⁸. De modo más importante, ningún cliente de estos 12 declaró que fuera a cambiar de proveedor de base de datos⁴⁹.

Asimismo, dos terceras partes de las empresas francesas consultadas en el marco del procedimiento sobre adopción de medidas cautelares anteriormente reseñado, también declararon que la migración de servidor resulta sustancialmente menos cara y arriesgada para el usuario que la migración de base de datos⁵⁰.

Además, el fenómeno descrito se ve reforzado por la extensa oferta de software de ORACLE más allá de las bases de datos, que incluye aplicaciones empresariales como *Siebel* y *Java* cuyas nuevas versiones también dejarían de ser compatibles con el procesador *Itanium*⁵¹. Esto genera un efecto incentivador adicional a los clientes para decantarse a favor de la base de datos ante la citada disyuntiva, como observa la Comisión Europea en la decisión Oracle/Sun:

*“dado que la base de datos es una pieza clave del sistema de tecnologías de la información, todo tipo de aplicaciones empresariales se conectan al sistema de la base de datos. Ello crea una “herencia” de la base de datos que favorece la fidelidad al proveedor”*⁵² (traducción propia).

⁴⁶ Véase, a título de ejemplo, la respuesta de [XXX] al requerimiento de la DI (folio 657).

⁴⁷ De las 14 respuestas recibidas, solo [XXX] (folios 491 y 492) e [XXX] (folios 637 a 642 y 651) declararon no utilizar servidores *Integrity* de HP)

⁴⁸ Véase las respuestas de [XXX] (folios 475 a 479), [XXX] (724), [XXX] (folios 489 y 490), [XXX] (folios 493 a 496), [XXX] (folios 497 a 499), [XXX] (folio 648) y [XXX] (folio 657). En el caso de [XXX], manifestó no haber tomado una decisión, si bien reconoció que a corto y medio plazo su única opción era continuar con *Oracle Database* (folio 617).

⁴⁹ Los otros 4 clientes, [XXX] (folios 481 a 483), [XXX] (folio 709), [XXX] (folio 645), y [XXX] (folio 809) declararon no haber tomado todavía una decisión al respecto.

⁵⁰ Decisión de la Autoridad de la Competencia francesa, nota al pie 2, aptdo. 130.

⁵¹ La lista completa de los productos de ORACLE compatibles con el procesador *Itanium*, y que dejan de serlo, se puede consultar en el folio 129.

⁵² Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdo. 137, *in fine*.

Por último, como pone de manifiesto el correo electrónico interno de ORACLE, de fecha 17 de junio de 2011 y titulado [XXX], [XXX] ORACLE [XXX] era consciente de que la base instalada de clientes que utilizaban el procesador *Itanium* estaba en proceso de abandonar los servidores que lo utilizaban ante el anuncio del abandono del desarrollo de nuevo software de ORACLE para el procesador *Itanium*, estimando el ritmo al que se podía producir este abandono y qué empresas se podían quedar con estos clientes. Esto se expuso en una reunión interna al más alto nivel [XXX], celebrada el 14 de junio de 2011, y a la que asistieron responsables de las distintas regiones mundiales (folios 1.790 y 1.791).

11. Un elevado número de consumidores que utilizaban conjuntamente servidores de HP basados en el procesador *Itanium* y Oracle Database declararon verse perjudicados por el anuncio de ORACLE de dejar de hacer compatible su nuevo software con dicho procesador. Dichas quejas fueron previstas por ORACLE.

Según estimaciones de la consultora tecnológica *Forrester Research*, existían casi 30.000 clientes que emplean *Oracle Database* en servidores *Integrity* de HP (folio 2.583).

Dichos clientes se veían afectados por la decisión de ORACLE de dejar de compatibilizar su software con el procesador *Itanium* al verse reducido el horizonte temporal en el que podrían emplear nuevo software de ORACLE en sus servidores.

A lo anterior cabe sumar que dichos consumidores podrían incurrir eventualmente en gastos adicionales no planificados por tener que cambiar de servidor o base de datos como consecuencia de tener ya configurada su infraestructura tecnológica para que trabajasen conjuntamente. Al recaer principalmente el cambio sobre el servidor, estos gastos adicionales no planificados podrían conllevar el cambio de la arquitectura alrededor del hardware (procedimientos de explotación desarrollados en dicho entorno, interfaces con los sistemas de almacenamiento y de *backup*, configuración de equipos y entornos de comunicaciones...), pues cada marca de servidor con arquitectura *RISC/EPIC* utiliza su propio sistema operativo (así ORACLE utiliza *Solaris*; HP, *HP-UX*; e IBM, *AIX*).

Ello tiene como correlato lógico que el impacto de la decisión de ORACLE de no compatibilizar su nuevo software con el procesador *Itanium* recae en mayor medida sobre HP que sobre ORACLE.

De los clientes españoles consultados que utilizaban conjuntamente *Oracle Database* y servidores *Integrity* de HP, ocho declararon que dejarían de comprar servidores *Integrity* de HP.⁵³

De estos ocho clientes, cuatro se declararon particularmente afectados:

[XXX]

Como resultado del anuncio de ORACLE, los servidores *Integrity* de HP también quedaron excluidos de dos concursos convocados por la Junta de Andalucía:

- un concurso de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias de Andalucía para la contratación de equipamiento e instalación para el despliegue y puesta en producción del sistema de centros en red, ya que en el Pliego de Prescripciones Técnicas se indicaba que *"el adjudicatario tendrá en cuenta las notas de soporte de Oracle para no incurrir en los supuestos que dichas notas indiquen. En concreto, se evitará incurrir en soporte derivado de utilizar tecnología Itanium"* (folio 900);
- un concurso del Servicio Andaluz de Empleo sobre suministro e instalación de infraestructura de base de datos, pues en el apartado 7.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas se exigía a los licitantes: *"certificación para la instalación y funcionamiento en la solución ofertada de Oracle RDBMS Server 11gR2 y por extensión de Oracle Real Application Cluster 11gR2, asegurando la compatibilidad con versiones anteriores y futuras"* (folio 1.950).

Por otra parte, [XXX] manifestó que se encontraba incurso en un expediente administrativo para la migración [XXX] donde no se tuvo en cuenta el comunicado de ORACLE, manteniendo la redacción del pliego tal y como estaba antes del comunicado, y en el que HP podría concursar en las mismas condiciones que sus competidores.

A nivel mundial, ORACLE recibió también correos electrónicos expresando el malestar de clientes y socios comerciales por dicha decisión, tal y como muestra una lista interna de ORACLE de los mismos, recibidos entre el 23 de marzo y el 1 de abril de 2011 (folios 1.907 a 1.910). También, con fecha 13 de abril de 2011, la comunidad *Connect*, que se define como la mayor agrupación independiente de clientes empresariales de HP (con alrededor de 50.000 miembros), hizo público un comunicado de prensa en el que instaba a ORACLE a reconsiderar su decisión de dejar de hacer compatible su nuevo software con el procesador *Itanium* por el perjuicio que ocasionaba a su comunidad de usuarios (folios

⁵³ [XXX], folios 475 a 479; [XXX], folio 724; [XXX], folios 489 y 490; [XXX]-, folios 493 a 496; [XXX]., folios 497 a 499; [XXX], folio 648; [XXX], folio 617; y [XXX], folio 657.

2.998 y 2.999). Con posterioridad, la comunidad *Connect* se reiteró en dichos extremos (folios 3.000 y 3.001 y 3.002 a 3.006).

Un informe de la consultora tecnológica *Forrester Research*, de enero de 2012, describía el futuro incierto de *Itanium* y el impacto que tenía la decisión de ORACLE sobre clientes que utilizaban conjuntamente *Oracle Database* y servidores *Integrity* de HP a partir de una encuesta realizada a 50 de estos clientes (folios 2.583 a 2.590).

Finalmente, cabe destacar que la propia ORACLE previó que las quejas por parte de los clientes conjuntos iban a ser numerosas. Así, al día siguiente del anuncio acerca de *Itanium*, el 23 de marzo de 2011, [XXX] Dña. [XXX] sugirió responder a los clientes conjuntos de HP (hardware) y ORACLE (software) siguiendo las líneas de lo que había contestado a un cliente que le había escrito preocupado por su inversión a varios años vista en equipos *HP Integrity*, a lo cual D. [XXX] respondió:

[XXX]

ORACLE también previó el grado de malestar de los clientes de *Integrity* ante el anuncio de 22 de marzo de 2011, lo cual coincidió con lo realmente acontecido. Así, en una conferencia tecnológica celebrada el 28 de marzo de 2011, D. [XXX] expuso a la división comercial de hardware en Norteamérica lo siguiente:

- [XXX]

12. HP ofreció a ORACLE asumir completamente el coste de la portabilidad de la nueva versión de Oracle Database (12g) al procesador Itanium el 30 de noviembre de 2011 en el procedimiento de medidas cautelares ante la Autoridad de la Competencia francesa y lo reiteró ante la CNMC.

Con anterioridad al anuncio de ORACLE de 22 de marzo de 2011, ORACLE y HP venían colaborando y asumiendo conjuntamente el coste de la compatibilización de las nuevas versiones de *Oracle Database* con el procesador *Itanium* (folios 49 a 50 y 1.318 a 1.320).

Así estaba sucediendo con la nueva versión de *Oracle Database* hasta que a raíz del anuncio de ORACLE se vieron interrumpidos los trabajos (folios 244 y 245).

Por ello, y para que dicha nueva versión pudiera estar disponible en los servidores HP *Integrity*, HP llegó a ofrecer a ORACLE costear completamente la portabilidad de dicha versión de *Oracle Database*, tal y como hizo el 30 de noviembre de 2011, siete meses después del anuncio de ORACLE, durante la fase de audiencia oral del procedimiento relativo a las medidas cautelares

solicitadas ante la Autoridad de la Competencia francesa y reiteró ante la extinta CNC (folio 2.561 *in fine*).

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**Ley CNMC**), a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

Asimismo, de acuerdo con el apartado primero de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley CNMC, *“los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que esta Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.”*

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

La sentencia del TS número 583/2018, de 10 de abril de 2018, (recurso de casación núm. 3568/2015) ordena a la CNMC *“que retrotraiga el procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo y reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada.”*

Retrotraído el procedimiento y reanudada la tramitación del mismo, a la luz de la fundamentación contenida en la Sentencia del TS, de 10 de abril de 2018, la Sala de Competencia del Consejo debe resolver en este expediente, sobre la base de la instrucción realizada por la extinta Dirección de Investigación que se recoge en el informe y propuesta de resolución, si las prácticas investigadas son constitutivas de infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, el presente expediente se refiere a una serie de prácticas realizadas durante la vigencia de la LDC. La LDC prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional, en particular, la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de

servicios no equitativos, la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores y la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

En atención a ello, la LDC es, con carácter general, la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

Por otro lado, esta Sala considera también necesario analizar los hechos a la luz del artículo 102 del TFUE. Las tecnologías de la información son una industria de carácter global como se ha señalado en el apartado III Análisis del Mercado afectado. En primer lugar, las bases de datos se compran y utilizan en cualquier lugar del mundo sin costes de transporte. En segundo lugar, el mercado de servidores tiene también un ámbito supranacional, entre otros motivos, por los reducidos costes de transporte de los servidores en relación al precio del producto, la similitud de preferencias entre los consumidores y las especificaciones del producto, que son muy similares entre los distintos países. Adicionalmente, ambos mercados abarcan, al menos, todo el territorio nacional lo que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, determinaría por sí la aplicación del artículo 102 del TFUE⁵⁴. Por último, las prácticas investigadas, atendiendo a las características de la actividad mencionadas y los hechos acreditados, condicionarían la producción del procesador *Itanium* de Intel y afectarían a la producción de servidores *Integrity* de HP a nivel mundial. Por tanto, las prácticas investigadas serían susceptibles de tener una afectación al comercio entre Estados miembros de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio, lo que conlleva la aplicación del artículo 102 TFUE a los efectos del presente expediente.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la DI propuso que se declarara la existencia de la siguiente infracción:

“Una infracción única y continuada, por conductas prohibidas en los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistentes en:

- *modificar el core factor que aplica a las nuevas licencias de la Enterprise Edition de Oracle Database:*

⁵⁴ Ver, por todas, la Sentencia del TJUE de 19 de febrero de 2002, en el asunto C-309/99, *Wouters*, aptdo. 95 y ver el apartado 93 de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), DOUE 2004 C 101, pág. 81.

- *con efectos a partir del 24 de septiembre de 2009, del procesador UltraSPARC T2+ de SUN, pasándolo de 0,75 a 0,5, y*
- *con efectos a 1 de diciembre de 2010, del procesador Itanium 9300 de INTEL, pasándolo de 0,5 a 1,*
- *anunciar que ORACLE dejará de hacer compatible las nuevas versiones de Oracle Database con el procesador Itanium de INTEL, utilizado fundamentalmente por los servidores de gama alta de HP.”*

Teniendo en cuenta la naturaleza de las conductas y sus autores, la DI propuso que las mismas se tipificaran, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción grave del artículo 62.3. b) de la LDC, imponiendo la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, conforme a los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.

La DI también pidió que se adoptaran los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la LDC, en la medida en que resultaran pertinentes.

Por último, el órgano instructor pidió que se declararan responsables solidarios de dicha infracción a Oracle Corporation y Oracle Ibérica. S.R.L. y que se les intimara para que en el futuro se abstuvieran de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

3.1. Sobre la delimitación de los mercados afectados

Como se ha indicado en el análisis de los mercados afectados, la DI define, en primer lugar, la infraestructura tecnológica y observa la complementariedad de sus elementos. A continuación, se centra en el análisis de las bases de datos y analiza la oferta existente, compuesta por al menos siete oferentes, delimitando un mercado relevante formado por once bases de datos de alto rendimiento⁵⁵. Concluye que, aunque podría existir alguna otra, su reducido peso dentro del mercado no alteraría el análisis desde la óptica de competencia.

Respecto a los servidores, la DI parte de que la Comisión Europea dejó abierta la delimitación de este mercado en la decisión Oracle/Sun, pero señaló que se podría realizar una delimitación más cerrada por gamas de precios. Además, indica que la decisión IBM apuntó a la existencia de un mercado de grandes servidores empresariales. Así, la DI considera relevante centrar el análisis en los mercados en los que compiten los servidores de HP que emplean el procesador *Itanium* y al analizar el tipo de clientes que emplean este procesador y su

⁵⁵ Véase nota al pie **¡Error! Marcador no definido..**

aplicación concluye que el mercado en el que compete es el formado por los servidores de gama alta.

En resumen, la DI estima que los mercados afectados son:

- el mercado de bases de datos relacionales (RDBMS) de alto rendimiento de ámbito supranacional, y
- el mercado de servidores de gama alta de ámbito supranacional.

3.2. Sobre la posición de dominio.

La DI estudia distintos factores clásicos para acreditar la posición de dominio de ORACLE.

En primer lugar, la DI concluye que ORACLE posee una cuota de mercado aproximada del **[70-80]%** en el mercado relevante de las bases de datos de alto rendimiento. También destaca el muy reducido peso en el mercado de Microsoft y SYBASE, que provoca que el único competidor significativo de ORACLE sea IBM.

Respecto a la existencia de barreras de entrada en el mercado de bases de datos de alto rendimiento y a la limitación del poder compensatorio de la demanda, destaca la importancia significativa de las siguientes características del mercado:

- Costes fijos muy elevados y, por consiguiente, elevadas economías de escala.
- Efectos de red indirectos.
- Costes de cambio, debidos a la incompatibilidad entre distintos productos de bases de datos, que dificultan la migración de bases de datos.
- Reputación, fomentada por la aversión al riesgo de ciertas empresas y su fidelidad a los grandes proveedores de bases de datos.

Los anteriores factores llevan a la DI a concluir que ORACLE posee una posición dominante en el mercado de bases de datos de alto rendimiento *“a la luz de la muy elevada cuota de mercado de ORACLE, el fortalecimiento de la misma en los últimos años, las alternativas competitivas existentes, las altas barreras a la entrada y a la expansión, y el reducido poder compensatorio de la demanda.”*

3.3. Sobre la existencia de abusos

A continuación, la DI procede a abordar el estudio de los elementos que le han conducido a deducir la existencia de abusos de esa posición de dominio.

La DI concluye que la naturaleza complementaria de la infraestructura tecnológica provoca que una empresa como ORACLE con posición dominante en un mercado relevante de la misma pueda actuar en dicho mercado con efectos conglomerales en un mercado relacionado.

En particular, la DI entiende que ha quedado constatada la existencia de una infracción única y continuada, a través de una discriminación de precios abusiva, derivada de los cambios del *core factor*, y una discriminación abusiva y una negativa de suministro de servicios de interoperabilidad por parte de ORACLE mediante el anuncio de dejar de hacer compatible su nuevo software con los servidores que empleaban el procesador *Itanium*. La infracción tendría un carácter único, debido a que ambas conductas abusivas formarían parte de una estrategia exclusionaria común. La conducta habría tenido lugar, al menos, desde el 22 de marzo de 2011, cuando ORACLE anuncia públicamente su decisión.

En primer lugar, respecto de los cambios en el *core factor* de las nuevas licencias de la *Enterprise Edition* de *Oracle Database*, la DI valora que la primera modificación tuvo como efecto hacer más atractiva la oferta de servidores que utilizan el procesador *UltraSPARC T2+* de ORACLE frente a la oferta de terceros. La segunda modificación tuvo como efecto hacer menos atractiva la línea de servidores de HP que utilizan el procesador *Itanium* de Intel frente a la oferta de ORACLE y otros terceros. Además, la DI tiene en cuenta que los correos electrónicos internos de ORACLE apuntan a que la decisión de aumentar el *core factor* del procesador *Itanium 9300* de Intel se tomó con ánimo anticompetitivo.

En segundo lugar, sobre la negativa a compatibilizar el nuevo software de ORACLE con los servidores que empleen el procesador *Itanium*, la DI concluye que el carácter abusivo y exclusionario deriva de su naturaleza discriminatoria y de ser una negativa de suministro injustificada, sin que exista una justificación objetiva a la misma.

Así, la negativa supone una conducta discriminatoria entre los diferentes fabricantes de servidores basados en un sistema operativo *UNIX*. A continuación, la DI valora esta negativa como una denegación de suministro con base en las tres condiciones que se establecen en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las Orientaciones sobre sus prioridades de control en su aplicación del artículo 102 del TFUE⁵⁶ a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

Sobre la primera condición, que exige que la compatibilidad con la base de datos de ORACLE deba ser objetivamente necesaria para que HP pueda competir con ORACLE en el mercado de servidores, la DI destaca la ausencia de fuentes

⁵⁶ Comunicación de la Comisión, de 24 de febrero de 2009, acerca de las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. DOUE C 45/17.

alternativas viables a *Oracle Database* para HP por la dependencia de la base de datos del cliente final y porque HP no puede comercializar una base de datos de alto rendimiento propia en condiciones económicas razonables.

En lo que respecta a la segunda condición, la DI señala que el anuncio de ORACLE tiene efectos de cierre sobre los servidores *HP Integrity* en el mercado de los servidores de gama alta. La DI estima que el impacto del anuncio de ORACLE sobre las ventas de HP se está dejando ya sentir si se observa la evolución de las ventas por trimestres en los años 2010 y 2011 en el segmento de servidores *UNIX* de alta gama de acuerdo con los datos de la consultora *IDC*.

En cuanto a la tercera condición, la DI señala que los consumidores de servidores de gama alta se ven perjudicados por ello, en términos de mayores precios y menores posibilidades de elección. Además, los clientes actuales de *HP Integrity* se ven directamente perjudicados por la decisión de ORACLE.

Por último, la DI realiza un análisis de las posibles justificaciones objetivas alegadas por ORACLE. En primer lugar, el ejemplo de las empresas *RedHat* y *Microsoft*, que también abandonaron el desarrollo de su software para el procesador *Itanium*, no es relevante en opinión de la DI, pues ninguna de las empresas compite con HP en el mercado de servidores de gama alta.

En segundo lugar, en cuanto al hecho de que Intel hubiese presuntamente manifestado a ORACLE que su interés estratégico se encontraba centrado en su procesador x86, este extremo resulta también irrelevante para la DI a efectos del presente expediente en la medida en que ello no es impedimento para que una empresa como Intel pueda mantener simultáneamente varias líneas de producto que resulten rentables.

En tercer lugar, respecto a la obsolescencia del procesador *Itanium*, destaca la DI que Intel se había comprometido a comercializar dos nuevas generaciones del procesador *Itanium*. Tampoco cabe argüir según la DI que la sustituibilidad creciente entre el procesador *Itanium* y los procesadores de arquitectura x86 signifique la inviabilidad del procesador *Itanium*, pues esta sustituibilidad es un fenómeno que afecta por igual a todos los procesadores de arquitectura *RISC/EPIC*.

Por último, la DI se plantea si la decisión de ORACLE tiene justificación objetiva en la medida en que la compatibilidad de su base de datos con el procesador *Itanium* no resulta económicamente rentable para ORACLE. La DI señala, con datos de la consultora *Gartner*, los cuantiosos ingresos asociados al sistema operativo *HP-UX*, el cual solo se encuentra presente en la línea de servidores *HP Integrity*, y se refiere a que ORACLE no ha podido ofrecer una cantidad estimada del coste que le supuso el desarrollo de las bases de datos para el caso de la versión *11g*. Además, según la DI, es preciso tener en cuenta que HP se ha ofrecido a costear por entero la portabilidad de *Oracle Database* al procesador *Itanium*.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1. Sobre el mercado de producto relevante

4.1.1 Bases de datos

La definición de mercado de producto relevante que la DI planteó en este expediente se alejó de la definición planteada por la Comisión Europea en la decisión Oracle/Sun. La Comisión Europea indicó que todas las bases de datos relacionales pertenecían a un único mercado⁵⁷. En el marco de la concentración entre ORACLE y Sun Microsystems, la Comisión Europea realizó un test de mercado que mostraba que las bases de datos eran productos diferenciados. A pesar de ello, la Comisión Europea no fue capaz de identificar un criterio adecuado para la segmentación del mercado de bases de datos⁵⁸.

En concreto, el análisis de mercado realizado durante la primera fase de evaluación de la concentración consideró que las bases de datos relacionales variaban en características, escalabilidad, funcionalidad, fiabilidad y/o seguridad. Además, según dicha decisión, los consumidores utilizaban las bases de datos con fines diversos. De acuerdo con el análisis realizado, la Comisión Europea no consideró que existieran mercados más estrechos de bases de datos, a pesar de compartir con la DI la conclusión de que existía diferenciación por el lado de la demanda⁵⁹. La Comisión Europea concluyó también que las bases de datos cuyo código de programación es propiedad privada y las de código abierto competían en el mismo mercado.

Además, en línea con lo señalado en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado relevante⁶⁰, la Comisión Europea consideró que aunque algunos de los vendedores de bases de datos diferenciaban sus productos ofreciéndolos en distintas versiones o ediciones (para cubrir nichos de mercado), estos subsegmentos pertenecían a un único mercado porque el código subyacente era el mismo. Con carácter adicional, destacó que estos subsegmentos no podían considerarse discretos, en el sentido de que no existían líneas divisorias claras que permitieran separarlos⁶¹.

Igualmente, la Autoridad de la Competencia francesa, en su decisión sobre las medidas cautelares impuestas a ORACLE, no realiza un análisis de definición

⁵⁷ Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdo. 92.

⁵⁸ Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdo. 87.

⁵⁹ Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdo. 107, *in fine*.

⁶⁰ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, Diario Oficial de las Comunidades Europeas no C 372 de 09/12/1997 p.0005-0013.

⁶¹ Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdo. 107.

del mercado de bases de datos, asumiendo que la definición realizada por la Comisión Europea es la correcta^{62,63}.

Teniendo en cuenta todo ello, en relación con el análisis planteado por la DI para delimitar el mercado de producto relevante, existen una serie de cuestiones que plantean dudas a esta Sala. En relación con la **sustituibilidad por el lado de la demanda**, la DI propuso que las bases de datos que formaran parte del mercado de bases de datos de alto rendimiento fueran aquellas que pudieran acomodar las cargas de trabajo más exigentes, que precisaran de una elevada potencia de memoria RAM y procesamiento por parte del hardware y que tuvieran fiabilidad contrastada y un servicio de soporte técnico de calidad. A pesar de dicha afirmación y después de analizar la selección de ediciones que hizo la DI, se percibe que las diferencias entre las ediciones incluidas en el mercado de RDBMS de alto rendimiento y las que se quedan fuera se basan en el máximo de *sockets* que puede tener la CPU y el tamaño de la base de datos y el número de conexiones que pueden gestionar. Estas diferencias, que afectan a la infraestructura tecnológica del cliente, no delimitan las necesidades que los usuarios cubren con las diferentes ediciones.

Además, tampoco se detallan las características (*sockets* de CPU, por ejemplo) que exigen las bases de datos de código abierto, a pesar de que estas características son un factor relevante a la hora de clasificar las bases de datos en mercados de RDBMS de alto rendimiento y otros mercados RDBMS⁶⁴. Tampoco se detallan dichas características técnicas de algunos de los productos de los principales productores del mercado. [XXX] Microsoft destacó que entre las ediciones de *SQL Server* que consideraba que reunían los estándares requeridos en la industria para acometer funciones críticas de una gran empresa se encontraba la edición *SQL Server 2008 R2 Parallel Data Warehouse Edition*, así como las ediciones *SQL Server 2008 Enterprise Edition* y *Datacenter Edition*⁶⁵, pero, en la Propuesta de Resolución no se analizaron las características de esta edición (*Parallel Data Warehouse Edition*) y finalmente no se incluyó en el mercado de RDBMS de alto rendimiento, a diferencia de las otras dos, sin que se detalle el motivo.

En relación con la **sustituibilidad por el lado de la oferta** también se plantean algunas dudas a esta Sala. Así, cuando la DI analizó la posibilidad de que nuevos entrantes desarrollasen bases de datos de alto rendimiento, destacó que todas las ediciones de una base de datos compartían el mismo código fuente. Por tanto, los operadores que estén presentes en los dos mercados diferenciados por la DI, el de alto rendimiento y el que no lo es, como es el caso de IBM,

⁶² Folios 2.185 a 2.188.

⁶³ En la lista de los principales proveedores de bases de datos relacionales se menciona la empresa *Terada*, empresa que, con base en la información presentada por la DI debería ser considerada como fabricante de bases de datos de medio y bajo rendimiento, pues la misma no hace ninguna referencia a esta empresa.

⁶⁴ La DI deja abierta la definición del resto de mercados de RDBMS.

⁶⁵ Folio 1192.

Microsoft o SYBASE, tienen la capacidad de modificar sus bases de datos –que la DI no consideraba de alto rendimiento– para que su rendimiento igualara al de bases de datos de alto rendimiento. Este hecho es corroborado por la información publicada en la página web de ORACLE, donde se señala lo siguiente :

“Todas las ediciones [de Oracle Database] se basan en el mismo código fuente, lo que significa que tus aplicaciones de bases de datos pueden pasar de pequeños servidores con un único procesador a clusters de servidores multi-procesador sin necesidad de cambiar una sola línea de código” (traducción propia, folio 2150).

La DI consideró, además, que si los fabricantes de bases de datos de alto rendimiento subieran el precio de sus bases de datos, los fabricantes de bases de datos de menor rendimiento que no estuvieran ya en el mercado de bases de datos no podrían acceder con carácter inmediato al mercado de bases de datos de alto rendimiento. Esta afirmación parece mostrar un sesgo de selección a la hora de realizar el análisis de la sustituibilidad por el lado de la oferta. La DI sugiere que los fabricantes de bases de datos que se ven afectados por las barreras de entrada para acceder al definido mercado de RDBMS de alto rendimiento serían aquellos que no disponen de ningún producto en este mercado. De acuerdo con la Propuesta de Resolución, las únicas empresas que cumplen esta condición son los fabricantes de bases de datos de código abierto.

No obstante, si como afirma la DI, ante una subida del precio de las bases de datos de alto rendimiento, los fabricantes de bases de datos de menor rendimiento de código privado pueden superar las posibles barreras de entrada y acceder al segmento superior del mercado, cabría realizar el análisis de si las bases de datos de código abierto, que están fuera del mercado, podrían igualmente superar las barreras de entrada para acceder a dicho mercado, más aun teniendo en cuenta que los fabricantes de bases de datos de código abierto tienen productos que compiten con las bases de datos de código privado.

La DI señaló también que existían barreras de entrada y expansión en el mercado de bases de datos de alto rendimiento. Hay que señalar que tanto los altos costes fijos como los costes de cambio de una base de datos a otra son características intrínsecas del mercado de bases de datos, pero no determinan por sí solos la delimitación de un mercado de bases de datos de alto rendimiento.

En cuanto a la necesidad de contar con un servicio global de soporte técnico y mantenimiento de suficiente calidad, y los efectos de red mencionados por la DI y recogidos con anterioridad, las empresas que se encuentran en los dos mercados de bases de datos segmentados por la DI no se verían condicionadas, pues ya dispondrían de un servicio técnico de suficiente calidad. También, se debe tener en cuenta que a pesar de la segmentación del mercado que realiza la DI, las bases de datos que deja fuera del mercado de bases de datos relacionales de alto rendimiento en su definición de mercado (es decir, las bases de datos de medio-bajo rendimiento) comparten el código fuente de las ediciones de alto rendimiento, por lo que los cambios en las aplicaciones de software

empresarial, como último elemento de la infraestructura tecnológica, serían inapreciables.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala considera que no se acredita lo suficiente la delimitación de un mercado relevante de producto más estrecho que justifique una desviación del precedente definido por la Comisión Europea en la decisión Oracle/Sun que incluye todas las bases de datos relacionales, sin una segmentación para las bases de datos de alto rendimiento. El requerimiento de diferentes características técnicas no acredita que las bases de datos de alto rendimiento satisfagan necesidades distintas. Además, el análisis de la sustituibilidad por el lado de la oferta muestra un sesgo de selección, al establecer diferencias no lo suficientemente justificadas entre las bases de datos de aquellas empresas presentes en el definido mercado de bases de datos de alto rendimiento y las que no lo están, excluyendo en especial a las bases de datos de código abierto.

No obstante, la delimitación exacta del mercado relativo a las bases de datos, aunque es un factor determinante para la posición de dominio de ORACLE, no cambia las conclusiones de la presente resolución en la medida en que, como se verá más adelante, no se ha podido acreditar una infracción de la normativa de competencia, independientemente de que se defina de una manera más estrecha.

4.1.2. Servidores

La conducta de ORACLE denunciada por HP tendría efectos en el mercado de los servidores, en el que ORACLE y HP son competidoras. La denuncia presentada por HP argumentaba que, gracias a la posición de dominio de ORACLE en el mercado de bases de datos, sería capaz de expulsar a los servidores *Integrity* del mercado de servidores.

Como se ha indicado en el análisis del mercado afectado, las empresas seleccionan los servidores teniendo en cuenta el software que se pretende ejecutar sobre el hardware, es decir, en función de las demás capas de la infraestructura tecnológica que vayan a funcionar de manera conjunta. El rendimiento de un servidor depende de manera fundamental del procesador, así como del sistema operativo instalado, porque el conjunto de software elegido influye en el grado en el que se optimizan los recursos físicos del servidor.

Como también se ha indicado con anterioridad, en las decisiones Oracle/Sun y HP/Compaq, la Comisión Europea dejó abierta la definición relativa al mercado de servidores. Sin embargo en la decisión IBM, la Comisión Europea consideró que existía un mercado de grandes servidores empresariales del que formarían parte los denominados *mainframes*. La DI consideró más ajustado a la realidad del mercado definir un mercado relevante conformado por los servidores de gama alta, que garantizan un elevado nivel de fiabilidad y prestaciones en grandes entornos de red, y que no serían sustituibles desde el punto de vista de la demanda por los servidores de gama media o baja, pues estos no alcanzarían los mismos niveles de fiabilidad y prestaciones que los servidores de gama alta.

Además, dada la complejidad técnica y los costes de desarrollo de los servidores de gama alta, la sustituibilidad por el lado de la oferta de los servidores de gama alta con otras tipologías de servidores sería limitada.

Tal y como también destacó la DI en la Propuesta de Resolución, existe, además, un importante debate sobre si los servidores basados en arquitectura X86 de 64 bits permiten igualar las prestaciones de gama alta de los servidores anteriormente señalados, por ejemplo, en términos de *uptime*, que designa el tiempo que un aparato o programa informático puede funcionar sin interrupción y se utiliza como medida de su fiabilidad o estabilidad.

En relación con esta discusión la propia HP señaló en la denuncia presentada que:

[XXX]

Además, en un extracto del informe anual de HP de 2010, en el que la compañía detalla los servidores que produce para realizar tareas de misión crítica, se puede leer lo siguiente:

“Las tareas de misión crítica incluyen los servidores HP integrity basados en el procesador Itanium de Intel que funcionan con los sistemas operativos HP-UX, Windows y OpenVMS, así como con las soluciones HP Integrity NonStop. Las tareas de misión crítica también incluyen los servidores x86Proliant con más de cuatro procesadores.” (traducción propia, folio 1424).

Estos documentos ponen de manifiesto que HP consideraba que los servidores basados en los procesadores x86 estaban desarrollándose a buen ritmo y podían utilizarse como sustitutos de los servidores basados en arquitecturas RISC/EPIC.

En línea con este planteamiento, Intel, compañía que fabrica tanto procesadores basados en arquitectura EPIC (Itanium) como arquitectura x86 (Xeon), señaló: [XXX]:

“Intel tiene planes de continuar el desarrollo de los microprocesadores x86 que los fabricantes de equipo original usan para fabricar servidores que se utilizan para tareas críticas. Con la introducción de Xeon R 7500, cuyo nombre en clave es Nehalem-EX, la familia de procesadores Xeon® ha cerrado sustancialmente la distancia que existía con la familia de procesadores Itanium® en lo que respecta a las características de escalabilidad, capacidad de recuperación y protección de datos. Los procesadores Xeon® de Intel son capaces de ofrecer fiabilidad, disponibilidad y capacidad de servicio similares a las de los procesadores Itanium® de Intel.

Los procesadores Xeon® de Intel son capaces de ofrecer fiabilidad, disponibilidad y capacidad de servicio similares a las de los procesadores Itanium® de Intel. La fiabilidad, la disponibilidad y la capacidad de servicio de los servidores que ejecutan tareas críticas dependen de las

características que el fabricante del servidor elija incorporar. En cierta forma, el microprocesador se puede considerar como "los cimientos" sobre los que el fabricante de equipo original construye "la casa". La configuración que el fabricante de equipo original seleccione para la casa, y el apoyo que el mismo proporcione al usuario final, determinan la fiabilidad, la disponibilidad o la capacidad de servicio de un servidor que desarrolla tareas críticas. En consecuencia, las dos familias de productos, Itanium® y Xeon®, tienen la capacidad de satisfacer las necesidades de los usuarios finales de servidores que desarrollan tareas críticas." (folio 1103).

También IBM, fabricante de servidores basados en arquitecturas RISC y x86, [XXX]señaló que *"entiende que cualesquiera de sus modelos (de servidores) puede atender las necesidades de grandes empresas, especialmente habida cuenta de su naturaleza escalable"* (folio 1103).

No solo los competidores y fabricantes en el mercado parecen considerar a los servidores basados en la arquitectura x86 como una alternativa viable a los servidores basados en arquitecturas RISC o EPIC, sino que las revistas especializadas del sector apuntaban también en esta dirección. Así, un informe de la consultora IDC publicado en junio de 2011⁶⁶ señalaba como una de sus conclusiones principales, que durante gran parte de la década de los 2000, los servidores basados en arquitectura x86 habían acaparado con éxito cargas de trabajo de servidores basados en arquitecturas UNIX y en menor medida de servidores *mainframe*. Y que, aunque al comienzo las cargas de trabajo captadas estaban más orientadas a funciones de infraestructura de red y web, con el tiempo los servidores con arquitectura x86 atraían también carga de trabajo de aplicaciones más exigentes, como pueden ser ERP, CRM o OLTP. La consultora tecnológica *Forrester Research* argumentaba también en este sentido al afirmar que,

"Si la necesidad de actualizar los softwares para tareas críticas te obliga a dejar de utilizar HP-UX, considera seriamente un cambio a Linux en lugar de cambiar a un proveedor de Unix alternativo. Linux y los procesadores x86 se han desarrollado mucho en los últimos años y actualmente ofrecen funcionalidades similares a las de los sistemas Unix de tres o cuatro años antes." (traducción propia, folio 2587).

En línea con la opinión de otros participantes del mercado y de la prensa especializada, la Autoridad de la Competencia francesa incluyó a los servidores basados en los procesadores x86 entre los principales modelos de servidores para las empresas. Así, consideró que el desarrollo tecnológico permitía a los servidores basados en la arquitectura x86, cuando se agrupaban, tener un rendimiento y características equivalentes a los servidores basados en las

⁶⁶ « Unix Migration Accelerates in Face of Rising Adoption of Windows and Linux Solutions on x86 Servers » (folios 6911- 6929).

arquitecturas RISC y EPIC, pudiendo realizar tareas de misión crítica (folios 2181 a 2183).

Como se ha indicado anteriormente, el desarrollo tecnológico había permitido a los servidores basados en la arquitectura x86, cuando varios de ellos trabajan en red, igualar el rendimiento y funcionalidades presentes en los servidores basados en arquitectura RISC o EPIC. Por último, hay que tener en cuenta que, aunque los sistemas operativos escritos para arquitecturas UNIX pudieran no ser compatibles con la arquitectura x86 en un primer momento⁶⁷, pueden hacerse compatibles⁶⁸.

La DI, sin embargo, consideró que no resultaba determinante decidir si los servidores basados en procesadores de arquitectura x86 de 64 bits pertenecían al mercado de servidores de gama alta, en la medida en que no afectaba a las conclusiones del análisis. La razón es que, con independencia de que se delimitara un mercado de servidores de gama alta más amplio o más estrecho, la presunta práctica anticompetitiva de ORACLE estaría produciendo sus efectos en una parte significativa del mismo, al pretender generar la exclusión del mercado de los servidores basados en el procesador *Itanium*, producidos fundamentalmente por HP, a uno de los principales operadores del mercado.

Sin embargo, esta Sala aprecia que la inclusión en el mercado de servidores de gama alta de aquellos basados en el procesador x86 es relevante, pues, en primer lugar, HP producía servidores basados en el procesador x86 en el momento de realización de la presunta conducta anticompetitiva y, en segundo lugar, su inclusión o no resulta de importancia para la valoración de los posibles efectos de la conducta de ORACLE en el mercado de bases de datos sobre el mercado de servidores.

De lo expuesto, según el criterio de la Sala, el mercado de producto relevante es el mercado de servidores de alta gama. Este mercado estaría compuesto por los servidores *mainframe*, los servidores basados en arquitecturas RISC o EPIC y no hay razones suficientes para excluir a las arquitecturas basadas en procesadores x86 teniendo en cuenta que ya ejercían una notable presión competitiva sobre el resto de servidores mencionados. Así lo acredita la documentación presente en el expediente mencionada que permitiría concluir con base en un análisis dinámico y prospectivo del mercado de producto relevante que el desarrollo tecnológico estaba facilitando la convergencia entre las tecnologías basadas en las arquitecturas x86 con las tecnologías basadas en arquitecturas UNIX, posibilitando que ambas fueran válidas para realizar tareas de misión crítica. Esta perspectiva es particularmente relevante observando la falta de inmediatez en el horizonte temporal de los efectos de la presunta conducta anticompetitiva de ORACLE, debido al hecho de que los clientes de servidores y bases de datos no realizan la eventual adquisición de servidores en el preciso momento del anuncio de ORACLE por el que dejaba de compatibilizar

⁶⁷ [XXX] (Folio 1505): [XXX]

⁶⁸ Informe de enero de 2012 de *Forrester Research* (Folio 2584): “[...] la habilidad para fabricar un (servidor) *Superdome* en base a x86”(Traducción propia).

las nuevas versiones de su base de datos relacional con los servidores basados en un procesador *Itanium* de Intel, sino que se produce en distintos momentos temporales.

4.2. Sobre la posición de dominio de ORACLE

Como se ha mantenido tradicionalmente a efectos de la aplicación del artículo 102 del TFUE y 2 de la LDC, la posición de dominio se refiere a aquella posición de preponderancia económica que posee una empresa que le permite obstaculizar la competencia efectiva al proporcionarle en una medida apreciable la posibilidad de comportarse de manera independiente respecto de sus competidores, de sus proveedores y, en último término, de los consumidores⁶⁹.

Por ello, para acreditar la existencia de una posición de dominio hay que analizar distintos factores. Tradicionalmente, el principal factor para determinar la existencia de una posición de dominio ha sido la cuota de mercado, pero para realizar un análisis más completo y adecuado se tienen en cuenta otros factores más dinámicos como las barreras de entrada y expansión.

4.2.1 Cuotas de mercado

De acuerdo con el criterio de esta Sala, si se atendiera a una definición más amplia del mercado como se ha hecho referencia en el apartado anterior, el mercado relevante afectado no sería el mercado de bases de datos de alto rendimiento para el que la DI ha calculado las cuotas de mercado, sino el mercado de todas las bases de datos relacionales. Por ello, las cuotas de mercado serían inferiores a las de los datos contenidos en las tablas 3, 4 y 5 de la presente resolución.

La tabla que se incluye a continuación muestra la cuota de mercado de las empresas que operaban en el mercado en 2010. Las cuotas de mercado se han obtenido a partir del informe de IDC⁷⁰, que tiene en cuenta los ingresos obtenidos con la venta de licencias y los ingresos derivados de los servicios de mantenimiento. La tabla siguiente muestra que ORACLE tenía una cuota de mercado del **[40-50]**% en 2010⁷¹.

⁶⁹ Ya en la Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, *United Brands*, aptdo. 65 se estableció que la posición de dominio era « *la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores* ».

⁷⁰ « Worldwide RDBMS 2010 Vendor Analysis – Top 10 Vendor License Revenue by Operating Environment » (folio 8.990)

⁷¹ En el mismo informe (ver nota al pie anterior), hay información correspondiente al año 2009, pero los datos que se presentan para ese año no incluyen los ingresos derivados de los servicios de mantenimiento, que representan un porcentaje elevado de los ingresos de las compañías. No

Tabla 12: Cuotas de mercado (Consultora IDC)⁷²

FABRICANTE	2010	
	Ingresos	Cuota (%)
ORACLE	[XXX]	[40-50]
IBM	[XXX]	[20-30]
Microsoft	[XXX]	[20-30]
Teradata	[XXX]	[0-10]
Sybase	[XXX]	[0-10]
Fujitsu	[XXX]	[0-10]
Progress Software	[XXX]	[0-10]
SAS Institute	[XXX]	[0-10]
Hitachi	[XXX]	[0-10]
Vertica	[XXX]	[0-10]
Otros	[XXX]	[0-10]
TOTAL	29.829,6	100

Además del informe de *IDC*, la Comisión Europea en la decisión Oracle/Sun utilizó las cuotas de mercado presentadas por la consultora *Gartner*. Según los datos de esta compañía, que se recogen en la tabla 13, ORACLE tendría una cuota de mercado de [50-60]% en 2009 y [50-60]% en 2010.

Tabla 13: Cuotas de mercado (Consultora Gartner)

FABRICANTES	2009		2010	
	Ingreso (€M)	Cuota (%)	Ingreso (€M)	Cuota (%)
ORACLE	[XXX]	[50-60]%	[XXX]	[50-60]%
Microsoft	[XXX]	[10-20]%	[XXX]	[10-20]%
Teradata	[XXX]	[0-10]%	[XXX]	[0-10]%
IBM	[XXX]	[10-20]%	[XXX]	[10-20]%
Sybase, an SAP Company	[XXX]	[0-10]%	[XXX]	[0-10]%
Progress Software	[XXX]	[0-10]%	[XXX]	[0-10]%
Otros	[XXX]	[0-10]%	[XXX]	[0-10]%
TOTAL	23.619,54	100,0%	24.746,84	100,0%

Las cuotas de mercado de ORACLE, si bien no son suficientes por sí mismas para probar la existencia de una posición de dominio, reflejan la posición de

obstante, la cuota de mercado de ORACLE, si solo tenemos en cuenta la venta de licencias, era del [30-40]% en 2009 y [30-40]% en 2010.

⁷² Las cifras originales se presentan en millones de dolares. La tasa de cambio que se ha aplicado en este caso ha sido de 1,3527 \$/€, sobre esto ver nota al pie 35.

liderazgo que ORACLE tenía en el mercado de bases de datos. En cualquiera de los dos casos, se observa que IBM y Microsoft también presentan unas cuotas elevadas, ya que cada uno de ellos representa cuotas de entre el 15 y el 20% del mercado de producto afectado.

Como se ha señalado, las cuotas reflejan la situación del mercado en un momento determinado del tiempo. Para poder decidir si ORACLE tiene la capacidad necesaria para actuar de forma independiente en el mercado, es necesario analizar también las barreras de entrada y expansión que se dan en el mercado de bases de datos.

4.2.2. Barreras de entrada y de expansión

Las barreras de entrada para nuevos competidores y las barreras de expansión para los competidores más pequeños ya presentes en el mercado son factores a tener en cuenta al analizar una posible posición de dominio, ya que estos factores afectan a la capacidad que tienen los competidores, tanto actuales como potenciales, y los clientes para limitar el comportamiento independiente de un operador.

A. Costes fijos elevados y economías de escala

Como recoge la decisión Oracle/Sun,

*“Las empresas presentes en el mercado con productos con marca propia (ORACLE, IBM, Microsoft) han estado investigando este área durante veinte o treinta años, para alcanzar los productos altamente sofisticados y desarrollados que ofertan en el mercado a día de hoy. El desarrollo de bases de datos requiere grandes inversiones a largo plazo para conseguir mejoras progresivas en velocidad, fiabilidad y seguridad”*⁷³ (traducción propia)

Por tanto, las compañías presentes en el mercado realizan grandes inversiones para poder participar en él, desarrollando y comercializando el software. Estas inversiones suponen unos altos costes fijos, lo que conlleva que el mercado de bases de datos sea un mercado con economías de escala. Cuando un mercado se caracteriza por las economías de escala significa que, si se amplía el número de unidades vendidas en ese mercado, la empresa reduce el coste medio de la fabricación, ya que los costes se reparten entre un mayor número de unidades.

Aunque los altos costes fijos supongan una dificultad para que nuevos productores entren al mercado de las bases de datos relacionales, las economías de escala no impiden la expansión de aquellas compañías que ya participan en el mercado.

⁷³ Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdo. 130.

B. Efectos de red

En el ámbito de las bases de datos, se dan efectos de red indirectos. Estos efectos tienen lugar cuando la utilidad que un usuario obtiene de un producto aumenta debido al hecho de que estimula la provisión de bienes complementarios.

Así, las bases de datos de propiedad privada están escritas en lenguajes de programación propios que han de utilizar aquellas aplicaciones que quieran interactuar con ellas. Cuando una base de datos aumenta el número de usuarios que tiene, se programarán más aplicaciones que funcionen sobre ella, lo que a su vez hace más atractiva la base de datos para el usuario.

La DI señaló que, como resultado de los efectos de red, los vendedores independientes de software tienden a no desarrollar aplicaciones compatibles con bases de datos que tengan una escasa cuota de mercado, por ser menos rentables⁷⁴. Por tanto, las empresas con menores cuotas de mercado se verían más perjudicadas por los efectos de red que las empresas con más cuota de mercado.

C. Costes de cambio

La literatura económica define los costes de cambio como los costes en los que incurre un consumidor que adquiere un bien de modo recurrente al cambiar de proveedor. La presencia de sustanciales costes de cambio limita a un consumidor una vez realiza una compra inicial.

En el mercado de bases de datos existen costes de cambio. La Comisión Europea en la decisión Oracle/Sun señaló que las migraciones a nuevas bases de datos son en la mayoría de casos procesos muy gravosos y costosos⁷⁵. Así, las migraciones implican mover los datos de las compañías, que son un activo de vital importancia, con el riesgo de tener que reintroducir datos de forma manual, lo cual supone un coste muy alto. En segundo lugar, la migración conllevaría describir de nuevo el contenido, así como las relaciones que se establecen entre las diferentes tablas de una base de datos. Finalmente, una migración supondría reestablecer el software para gestionar la infraestructura de la base de datos, como el equilibrio de carga, agrupación de los datos y copia de seguridad. Según la Comisión Europea, los riesgos mencionados tienen como efecto que los usuarios de las bases de datos no suelen migrar de unas a otras⁷⁶.

Los costes de cambio tienen un efecto directo en el poder compensatorio de la demanda. Así, cuando una empresa selecciona una base de datos, tiene cierto poder de negociación, ya que puede elegir la base de datos que más se adecua a sus necesidades. Pero, una vez la empresa selecciona una base de datos, se integran los datos y se implementan las aplicaciones, su poder de negociación

⁷⁴ Propuesta de Resolución, aptdo. 264.

⁷⁵ Decisión Oracle Sun, nota al pie 8, aptdo. 136.

⁷⁶ Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdo. 138.

disminuye debido a los riesgos que conllevaría la migración a una nueva base de datos.

Algunas compañías, conscientes de esta circunstancia, ponen en marcha sistemas que facilitan la migración de una base de datos a otra^{77,78}. Este tipo de iniciativas pueden limitar el efecto de los costes de cambio.

Dado que los costes de cambio afectan a todos los participantes del mercado, ORACLE podría tener también dificultades para captar clientes de otros competidores, por lo que se podría argumentar que los costes de cambio no suponen una ventaja estratégica específica para ORACLE, aunque sí favorecerían la estabilidad de las cuotas.

D. Reputación

En la decisión Oracle/Sun, la investigación relativa al mercado destacaba la necesidad de que los software fuesen fiables, particularmente en relación a las tareas de misión crítica⁷⁹. La Comisión Europea destacó que este factor era uno de los causantes de que los principales operadores fuesen capaces de mantener sus cuotas de mercado, ya que los clientes consideran que las empresas más grandes son las que aseguran mejor soporte.

Aunque es indudable que la reputación favorece a las compañías más grandes en el mercado, la Comisión Europea señaló también que los desarrolladores son percibidos por los productores de RDBMS como actores fundamentales del mercado⁸⁰. Los desarrolladores innovan y crean nuevos productos, influyendo de manera decisiva en las decisiones de compra que tomen sus organizaciones. Los desarrolladores tienen particular importancia a la hora de utilizar bases de datos de código abierto. Esto se debe a que normalmente se experimenta a pequeña escala con las bases de datos de código abierto y, cuando ya han ganado la reputación necesaria, se extiende su uso. No obstante, la presencia de desarrolladores no modifica la conclusión expuesta al principio de este párrafo.

4.2.3 Conclusión sobre la posición de dominio.

Por lo tanto, esta Sala, en línea con la Comisión Europea en el expediente Oracle/Sun, considera que no puede concluirse que ORACLE disponga de una posición de dominio individual en el mercado de bases de datos relacionales de alto rendimiento como propone la DI. Pese a ello y ante las limitaciones del análisis provocadas por una definición del mercado relevante diferente a la instrucción, es necesario analizar si la conducta de ORACLE, en caso de estar

⁷⁷ Ver <https://www.ciospain.es/archive/ibm-facilita-la-migracion-de-oracle-a-db2-con-una-nueva-version-de-su-base-de-datos>

⁷⁸ Ver <https://www.ibm.com/es-es/analytics/data-migration>

⁷⁹ Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdo. 133.

⁸⁰ Decisión Oracle/Sun, nota al pie 8, aptdo. 135.

en posición dominante en el mercado de bases de datos, pudiera ser constitutiva de un abuso conforme al artículo 102 del TFUE y al artículo 2 de la LDC.

4.3. Sobre el carácter único de la infracción

Tanto la DI⁸¹, como HP en sus alegaciones remitidas el 13 de noviembre de 2018 (folios 8576 a 8603) consideran que la infracción tendría un carácter único, debido a que ambas conductas abusivas, la modificación del *core factor* y el anuncio del cese de la compatibilización por parte de ORACLE, formarían parte de una estrategia exclusionaria común.

HP alega que, por tanto, no tiene sentido aplicar como un “*checklist*” obligatorio los criterios de la Comunicación de la Comisión sobre las orientaciones de control del artículo 102 como habría hecho la Resolución de la CNC en 2013, en particular los de la denegación de suministro, porque la conducta identificada por la AN como un abuso reúne los requisitos para una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, que serían:

- La posición de dominio de ORACLE en el mercado de bases de datos definido de manera amplia o estrecha.
- El diseño de una estrategia para excluir a HP del mercado de servidores de gama alta utilizando su poder de mercado en el mercado de bases de datos.
- La falta de una justificación objetiva, ya que la tecnología *Itanium* no estaba obsoleta, HP ofreció cubrir los costes de la portabilidad de las nuevas bases de datos de ORACLE y para ORACLE su negocio con HP respecto a la plataforma *Itanium* era rentable.
- La conducta tenía aptitud para restringir la competencia, pues hay pruebas directas de sus efectos negativos sobre el mercado.

En primer lugar, la aplicación de los criterios propuestos por HP con base en la declaración de abuso que realiza la AN, en la sentencia anulada por el Tribunal Supremo, se fundamenta esencialmente, como se observa del escrito de conclusiones de HP ante la AN, de fecha 28 de noviembre de 2014 (folios 8698 a 8712, en particular, punto 42), en la sentencia del Tribunal General en el asunto *Intel*⁸², dictada con posterioridad a la resolución de la CNC de 2013.

⁸¹ Propuesta de Resolución, aptdo. 343.

⁸² Sentencia del Tribunal General, de 12 de junio de 2014, en el asunto T-286/09 *Intel contra Comisión*.

En el mencionado escrito de conclusiones ante la AN, HP construye su defensa en los paralelismos, que entiende, existentes entre el asunto *Intel* y el caso objeto del presente procedimiento⁸³. Así, HP destaca que en el asunto *Intel*, el Tribunal General establece que *“la autoridad competente solo debe demostrar que la conducta puede tener el efecto de restringir la competencia, y no está obligada, por tanto, a valorar sus efectos concretos, [...] ni a demostrar la existencia de vínculo causal alguno entre la conducta y posibles efectos, ni a demostrar un perjuicio inmediato a los consumidores”* (folio 8700, basado en párrafos 103 a 105 de la sentencia del Tribunal General en el asunto *Intel*)⁸⁴.

Con base en dichas conclusiones, la AN se pronuncia en un sentido similar en el fundamento jurídico séptimo de su sentencia. Esto lleva a concluir a la AN que queda *“producida la existencia de una infracción por abuso de posición de dominio”*. La sentencia del TS consideró que precisamente la AN no debió pronunciarse *“sobre los hechos que deben considerarse probados, ni desde luego, sobre su calificación jurídica o su encaje en un tipo infractor”*⁸⁵.

De lo anterior, esta Sala considera que la aplicación de los criterios propuestos por HP en sus alegaciones con base en la sentencia de la AN no son adecuados. En primer lugar, el TS indubitadamente señala que la AN no debió referirse a la calificación jurídica de las conductas o su encaje en un tipo infractor, por lo que el TS no ha afirmado en ningún momento la procedencia de la aplicación de tales criterios.

En segundo lugar, el test legal propuesto se basa en una sentencia anulada, tras el recurso de apelación, resuelto por la Gran Sala del TJUE, en el mismo asunto *Intel*⁸⁶. El TJUE estimó la alegación de Intel en la que critica el hecho de que el Tribunal General, en los párrafos a los que hace referencia HP en su escrito de conclusiones ante la AN, admita que sus prácticas pueden calificarse de abuso de posición dominante, sin haber procedido previamente al examen de la totalidad de las circunstancias del asunto y sin haber analizado la probabilidad de que esa conducta provocara una restricción de la competencia. El TJUE también precisó la jurisprudencia para el supuesto, como el del presente expediente, *“de que la empresa de que se trate mantenga durante el procedimiento administrativo, aportando pruebas al respecto, que su conducta no tuvo la capacidad de restringir la competencia ni, en particular, de producir los efectos de expulsión del mercado que se le imputan”*⁸⁷. Para ello se debe llevar a cabo un análisis de la *“capacidad de expulsión del mercado” de concurrentes*

⁸³ Vid, por ejemplo, puntos 45, 47, 48, 50 del escrito de conclusiones.

⁸⁴ El escrito de conclusiones de HP también destaca los párrafos 186 203, 204 y ss y 209 y ss de la sentencia del Tribunal general en el asunto *Intel*.

⁸⁵ Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo.

⁸⁶ Sentencia del TJUE, de 6 de septiembre de 2017, en el asunto C-413/14 P *Intel contra Comisión* (Sentencia del TJUE en Intel).

⁸⁷ Sentencia del TJUE en Intel, nota al pie 86, aptdo. 138.

*al menos igualmente eficaces que resulte inherente a la práctica examinada*⁸⁸. El TJUE procedió a la devolución del asunto al Tribunal General debido a que este “*estimó que no era necesario examinar*” los efectos de la práctica de Intel⁸⁹.

En tercer lugar, la DI en el apartado VIII de la Propuesta de Resolución propone la existencia de una infracción única y continuada consistente en las dos conductas de ORACLE, sin referirse a que estas constituyan una discriminación abusiva o una negativa de suministro. Sin embargo, la misma DI en el apartado V de la PR, referente a la calificación jurídica y responsabilidad de sus autores, señala que el abuso estaría formado por la modificación del *core factor* como una discriminación de precios abusiva y por el anuncio de dejar de compatibilizar las nuevas versiones de *Oracle Database* como una discriminación abusiva y una negativa de suministro.

Esta Sala considera que las dos conductas imputadas a ORACLE, la modificación del *core factor* y el anuncio de dejar de discontinuar la compatibilización de la base de datos, deben tener el efecto de expulsar a HP del mercado analizadas por separado, porque si por separado no cumplen con los requisitos legales para declarar la existencia de un abuso, no pueden conjuntamente formar parte de una estrategia exclusionaria común que condujera a una infracción única. También a favor de este análisis por separado de las conductas estuvo HP, en el escrito de demanda, presentado ante la AN el 29 de enero de 2014, y con carácter previo a la sentencia del Tribunal General en el asunto *Intel* que luego utilizó en su escrito de conclusiones para argumentar una cosa distinta, pues solicitó que el tribunal estimara que “*han quedado acreditadas las infracciones del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE imputadas a Oracle en la PDR*” y realiza un análisis de las dos conductas por separado para alegar que producen un abuso de posición de dominio.

Por tanto la Sala considera que se debe pronunciar sobre las conductas por separado, observando si las mismas cumplen con los requisitos legales aplicables, en particular, los correspondientes a la discriminación abusiva y a la negativa de suministro, siendo de especial importancia su interpretación dado el ámbito y las características específicas de los mercados tecnológicos en los que se engloban las conductas de ORACLE.

4.4. Sobre la discriminación de precios abusiva a través de la modificación del *core factor*.

De conformidad con el artículo 102, párrafos primero y segundo, letra c) del TFUE y el artículo 2.2, letra d) de la LDC, las empresas que tengan posición de dominio tienen prohibido aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales

⁸⁸ Sentencia del TJUE en *Intel*, nota al pie 86, aptdo. 140.

⁸⁹ Sentencia del TJUE en *Intel*, nota al pie 86, aptdo 145.

para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva. El TJUE no ha considerado la discriminación de precios como un abuso exclusionario⁹⁰.

Como se ha indicado en el apartado tercero, la DI considera que la primera modificación del *core factor* tuvo como efecto hacer más atractiva la oferta de servidores que utilizan el procesador *UltraSPARC T2+* de ORACLE frente a la oferta de terceros y viceversa en cuanto a la segunda modificación respecto a la línea de servidores de HP que utilizan el procesador *Itanium 9300* de INTEL. La DI considera que las modificaciones del *core factor* formaban parte de una “*estrategia exclusionaria de HP en el mercado de servidores de gama alta.*” Por tanto, la conducta discriminatoria se produciría por el desigual tratamiento entre el procesador *UltraSPARC T2+* de ORACLE y el procesador *Itanium 9300* de INTEL.

De acuerdo con el TJUE, en el asunto *British Airways*⁹¹, la prohibición del artículo 102, párrafos primero y segundo, letra c) del TFUE y el artículo 2.2, letra d) de la LDC “*forma parte de un sistema dirigido a garantizar que la competencia no será falseada en el mercado interior. [...] La práctica comercial de la empresa en posición dominante no debe falsear la competencia en un mercado de una etapa anterior o posterior, es decir, la competencia entre proveedores o entre clientes de dicha empresa. En su competencia entre sí, las otras partes contratantes de la empresa en posición dominante no deben gozar de preferencias ni tampoco sufrir desventajas.*” Por ello, no es necesario que la conducta produzca efectos en la posición competitiva de la propia empresa dominante en el mercado en el que esta opera o respecto de sus competidores potenciales⁹².

La jurisprudencia europea establece que para determinar una infracción del artículo 102.2, letra c), además de la posición dominante de la empresa en cuestión, se debe de acreditar (cumulativas)⁹³:

- que la empresa dominante aplique a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o, en su caso, condiciones similares para transacciones desiguales (equivalencia de transacciones).
- que se ocasione una desventaja competitiva para el tercero contratante.

Respecto a la equivalencia de transacciones, en primer lugar, ORACLE considera que no ha quedado acreditado que HP sea una **parte contratante** de ORACLE, en el sentido exigido por el artículo 102.2, letra c) y el artículo 2, letra

⁹⁰ Sentencia del TJUE, de 27 de marzo de 2012, en el asunto C-209/10 *Post Danmark*. aptdo 30.

⁹¹ Sentencia del TJUE, de 15 de marzo de 2007, en el asunto C-95/04 P *British Airways*, aptdo. 143.

⁹² Asunto C-525/16 *MEO*.19 de abril de 2018. Par 24.

⁹³ Véase asunto 27/76 *United Brands*. 14 de febrero de 1978 ; asunto C-95/04 P *British Airways*. 15 de marzo de 2007 ; asunto T-301/04 *Clearstream*.9 de septiembre de 2009 ; asunto T-228/97 *Irish Sugar*. 7 de octubre de 1999 ; asunto C-525/16 *MEO*.19 de abril de 2018. T-229/94 *Deutsche Bahn*. 21 de octubre de 1997.

d) de la LDC. ORACLE entiende que la modificación del *core factor* atañe a los clientes de ORACLE con quien suscribe los acuerdos de licencia para el uso de las bases de datos, no a los fabricantes de servidores como HP.

La DI señala respecto a esta alegación que no es necesario probar los requisitos del artículo 102.2, letra c) y artículo 2, letra d) de la LDC porque estos no recogen una lista exhaustiva de conductas abusivas de una posición de dominio. La DI reconoce que *strictu sensu* HP no es un tercero contratante, pero que existe “*una traslación de los efectos anticompetitivos*” desde los consumidores de bases de datos, es decir, los clientes de ORACLE hacia los fabricantes de servidores, motivada por la naturaleza complementaria de las distintas capas que integran la infraestructura tecnológica de una empresa⁹⁴.

Esta Sala considera que ha quedado acreditado que, si bien HP no es una parte contratante respecto a los acuerdos de licencia que ORACLE firma con sus clientes, ORACLE es perfectamente consciente de la naturaleza complementaria entre el servidor y las bases de datos para sus clientes y de los efectos conglomerales de una decisión en el mercado de bases de datos sobre el mercado de servidores. Consecuentemente una modificación del *core factor* respecto a las licencias para el uso de la base de datos de ORACLE tiene una influencia sobre la adquisición de servidores por parte de sus clientes.

En segundo lugar, se debe comprobar si ORACLE aplica a HP **condiciones desiguales para prestaciones equivalentes**. Aunque se consideran hechos acreditados que las sucesivas modificaciones de los *core factor* supusieron que los procesadores *Itanium* de Intel aumentarían su precio y se situarían a la par que los procesadores *Power* de IBM, mientras que los procesadores *UltraSPARC T2+* quedaron con un *core factor* de 0,5, no se acredita cuáles son los criterios objetivos que permitan explicar la diferencia de trato que existía entre los mismos procesadores antes de las modificaciones del *core factor*, pues estos no partían del mismo *core factor* tampoco.

La DI señala que la equivalencia de prestaciones se deduce de la propia secuencia temporal de los hechos, pues ORACLE estableció inicialmente un *core factor* a los procesadores *UltraSPARC T2+* e *Itanium* que se supone “*tuvo en cuenta una serie de criterios objetivos que permiten afirmar que en ese momento existía una equivalencia de prestaciones*”⁹⁵. No obstante, esta afirmación no es concluyente para que se pueda evaluar si ese *core factor* era el adecuado, sin realizar un análisis y, sobre todo, cuando HP y ORACLE habían mantenido una fluida relación de trabajo durante más de 25 años como establece el hecho acreditado 1. Esto es aún más relevante si se tiene en cuenta que la adquisición de Sun Microsystems condujo a que ORACLE pasara a competir en el mercado de los servidores con sus propios productos y no tendría ningún incentivo a seguir manteniendo posibles ventajas que pudieran existir con otros socios comerciales.

⁹⁴ Propuesta de Resolución, aptdo. 206.

⁹⁵ Punto 210 de la Propuesta.

Sin un análisis de por qué la diferencia del *core factor* entre los distintos procesadores, previo a las modificaciones realizadas por ORACLE, era más adecuada, esta Sala solo podría evaluar que la equivalencia de las transacciones se diera entre los servidores basados en la plataforma *Itanium* con carácter posterior a la modificación de su *core factor* el 1 de diciembre y dichos servidores con carácter previo a la misma. Sin embargo, este análisis conduciría a que ORACLE tuviera una obligación de mantener el mismo precio de su licencia de *Oracle Database* para siempre, sin tener en cuenta la evolución y el desarrollo tecnológico tanto del mercado de bases de datos, como de servidores, lo cual sería desproporcionado en un sector tan dinámico como el sector tecnológico.

Tampoco se explica en el expediente por qué el *core factor* de los procesadores *Itanium* previo a la modificación del 1 de diciembre debería ser 0,5, teniendo en cuenta que ese *core factor* era el aplicable a los servidores HP basados en procesadores x86, los cuales, sin embargo, la DI entiende que por su peor rendimiento no deben formar parte del mercado. El peor rendimiento, sin embargo sí que es relevante para la DI a la hora de tener en cuenta que tras la modificación del 1 de diciembre, ORACLE asigna a los procesadores *Itanium*, que según las alegaciones de HP a la Propuesta de Resolución tiene un rendimiento inferior, el mismo *core factor* que a *Power* de IBM⁹⁶.

La falta de acreditación de dichos criterios objetivos, previos a la modificación del *core factor* objeto del expediente, no permite concluir si ORACLE estaba realizando una conducta discriminatoria a través de la modificación del *core factor* o, por el contrario, estaba revirtiendo una situación de ventaja anterior concedida a HP. Respecto a esto, se tiene en cuenta que un responsable de ORACLE testificó en el procedimiento judicial estadounidense que no tenían ningún acuerdo preferente con HP, si bien aclara que “*al menos intencionadamente*”, pero también ha quedado acreditado que ejecutivos de HP daban por hecho que tal ventaja existía.⁹⁷

Si bien, por los motivos expuestos, no puede considerarse que haya quedado acreditada la existencia de una equivalencia de transacciones, por último, para que exista una discriminación abusiva se debe acreditar la existencia de una **desventaja competitiva** para el tercero contratante. Este concepto ha sido recientemente interpretado por el TJUE en el asunto *MEO*. Conforme a la interpretación del TJUE, “*la mera presencia de una desventaja inmediata que afecte a los operadores a quienes se hayan aplicado precios superiores respecto de las tarifas aplicables a sus competidores por una prestación equivalente no significa sin embargo que la competencia haya sido falseada o que pueda serlo.*” Por tanto, el concepto de desventaja competitiva debe interpretarse como “*aquella situación en la que dicho comportamiento pueda tener como consecuencia una distorsión de la competencia entre esos socios comerciales*”. Corresponde, por tanto, a las autoridades de competencia “*un análisis de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto que permita concluir que dicho*

⁹⁶ Propuesta de Resolución, aptdo. 58.

⁹⁷ Véase el correo de Dña. [XXX] en el Hecho acreditado 4.

comportamiento influye en los costes, los beneficios u otro interés pertinente de uno o varios de dichos socios, de modo que ese comportamiento pueda afectar a la referida posición [competitiva].”

En primer lugar, cabe referirse a que las modificaciones del *core factor* situaron a los servidores de HP basados en una plataforma *Itanium* en una posición competitiva diferente a los servidores basados en una plataforma *UltraSPARC T2+*, pero en la misma situación que los procesadores *Power* de IBM. Por tanto, la desventaja competitiva, en principio, se produciría respecto de un competidor del mercado, pero no respecto del líder del mercado de servidores, IBM.

En cuanto a la desventaja competitiva, cabe añadir en segundo lugar que la subida del *core factor* tiene un efecto directo sobre el precio de la licencia del cliente final. Es decir, ORACLE no suministra bases de datos a HP para que venda a los clientes finales de una manera conjunta su servidor con *Oracle Database*. De ello se deduce, que la única teoría del daño a HP posible derivaría del hecho de que los clientes finales percibieran a los servidores *Integrity* de HP más caros, respecto a los basados en una plataforma *UltraSPARC T2+*, de lo que lo venían haciendo a la hora de adquirir un nuevo servidor.

Sobre la percepción del cliente final cabe precisar unos aspectos. En primer lugar, ha quedado acreditado, mediante el hecho 11, que los clientes finales tienen una mayor dependencia de su base de datos que de su servidor. Esto queda acreditado a través de las solicitudes de información realizadas a quince clientes españoles, entre los que ocho de doce marcaron la casilla por la que preferirían mantener la base de datos de ORACLE sobre los servidores *Integrity* de HP, a la hora de tomar su decisión estratégica sobre la renovación de sus servidores. La existencia de esa dependencia no significa, en cambio, que el cliente final solo pueda optar por abandonar los servidores de HP. En primer lugar, habrá clientes que podrán optar por mantener los servidores *Integrity* adquiridos con anterioridad al 1 de diciembre de 2010 y, por tanto, pagando lo mismo por las nuevas versiones de las bases de datos de ORACLE. En segundo lugar, la decisión de renovación o compra de los servidores no se toma en el mismo momento de la modificación del *core factor* por parte de ORACLE, como pone de manifiesto que la práctica totalidad de las respuestas a la solicitud de información señalan que de momento no se han visto afectadas por la modificación del *core factor*. Esto implica que HP, dada su importancia en el mercado, está en una posición de competir con ORACLE desde el momento en el que sufre la modificación del *core factor* hasta el momento en que se produce la decisión de compra por parte de los clientes finales, pudiendo, por ejemplo, atraer a sus clientes a plataformas basadas en procesadores x86, como estratégicamente ya consideraba, o convencer a sus clientes de pagar un precio superior en sus bases de datos para mantener los servidores *Integrity* de HP.

También respecto a la desventaja competitiva, cabe señalar que el perito económico de HP en el procedimiento judicial ante el Tribunal Superior del Estado de California testificó que la modificación del *core factor* por parte de

ORACLE fue estadísticamente insignificante en las ventas del procesador *Itanium* (folios 7064 a 7072).

De lo anterior esta Sala entiende que no puede considerarse acreditado que la conducta de ORACLE de modificación del *core factor* produjera una discriminación abusiva a HP. Esto se debe en primer lugar a que no se trata de una parte contratante de ORACLE, en segundo lugar a que no ha quedado acreditado que exista una equivalencia de las prestaciones entre los procesadores *UltraSPARC T2+* y los procesadores *Itanium* y, en tercer lugar, HP no ha sufrido una desventaja competitiva en el sentido del artículo 102, párrafos primero y segundo, letra c) del TFUE y el artículo 2.2, letra d) de la LDC.

4.5. Sobre la negativa de ORACLE a compatibilizar su nuevo software con los servidores que empleen el procesador *Itanium*.

La DI imputa a ORACLE tanto una negativa de suministro a través del anuncio de dejar de compatibilizar su software de base de datos con los servidores que empleen el procesador *Itanium*, como una discriminación abusiva al seguir compatibilizándolo para otras plataformas de servidores. En primer lugar, ORACLE al negarse a compatibilizar *Oracle Database* para los servidores basados en la plataforma *Itanium* estaría excluyendo a HP del mercado de servidores. En segundo lugar, ORACLE al decidir desarrollar nuevas versiones de su base de datos para otras plataformas de servidores, pero no para los servidores *Itanium*, estaría discriminando abusivamente de HP.

4.5.1 Sobre la negativa a contratar.

El artículo 2 de la LDC en su letra c) prohíbe “*la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*” La denegación de un insumo esencial no se encuentra explícitamente reconocida en el artículo 102, como sí hace la normativa nacional, pero ha sido reconocida en múltiples ocasiones por los tribunales de la UE⁹⁸.

Una vez hubiera quedado constada la existencia de una posición dominante, las *guidelines* de la Comisión y la jurisprudencia europea establecen que se debe acreditar el carácter indispensable u objetivamente necesario del insumo que se niega, en segundo lugar, se tiene que producir una eliminación de la competencia efectiva, un perjuicio a los consumidores y, por último, no debe existir una justificación objetiva.

La conducta imputada a ORACLE no constituye una negativa de suministro tradicional o una negativa a suministrar servicios de interoperabilidad, como en el asunto *Microsoft*, en el que la empresa dominante ya disponía del insumo que se debiera suministrar. En el caso objeto del expediente, HP no estaría buscando

⁹⁸ Véase STJCE de 26.10.1998, asunto C-7/97. *Oscar Bronner GmbH & Co contra Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH y otros*. STJCE de 29.4.2004, asunto C-418/01. *IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG* o STPI de 17.9.2007, asunto T-201/04. *Microsoft Corp. contra Comisión* (Sentencia TPI Microsoft).

que ORACLE suministrara un insumo ya existente, sino que estaría **requiriendo a ORACLE a invertir** en una determinada línea de negocio, para que HP, empresa que opera en un mercado relacionado, pudiera negociar con sus propios clientes, y sin que ORACLE perciba nada por dicha transacción, un producto complementario de las bases de datos, los servidores.

El hecho de que el caso objeto del expediente no constituya una negativa de suministro sobre un insumo ya existente, sino que se trate de una negativa a invertir en una determinada línea de producto, implica, si cabe, que el estándar requerido para que la normativa de defensa de la competencia imponga una obligación de invertir o suministrar a la empresa en posición de dominio sea considerado de una manera más estricta. De lo contrario, todo ello podría tener un impacto negativo en la innovación del sector y en los incentivos a invertir de la empresa en particular, obligando a las empresas a mantener en el mercado productos ineficientes a largo plazo.

El asunto *Microsoft* ilustra por qué el estándar debe ser mayor. Microsoft, en este caso, se negaba a proporcionar servicios de interoperabilidad a terceros para que estos innovasen por sí mismos productos interoperables con el sistema operativo *Windows*. El estándar de limitación de la libertad de contratar de ORACLE es mayor ya que el desarrollo e innovación del insumo que se pretende suministrar recaería sobre la propia empresa dominante. No obstante, HP ha intentado paliar esta diferencia asumiendo la financiación de la portabilidad de *Oracle Database* a los procesadores *Itanium*, como acredita el hecho 12, si bien el ofrecimiento se produjo en un contexto de litigio entre las dos empresas a nivel internacional y, en particular, HP solicitaba obtener medidas cautelares ante la Autoridad de la Competencia francesa.

Teniendo en cuenta que, por tanto, no se está evaluando una negativa de suministro tradicional, cabe plantearse si ha quedado acreditado en el expediente que ORACLE se haya negado a suministrar un **insumo** en el sentido de la jurisprudencia europea. Hay que tener en cuenta que el “insumo” sobre el que se anuncia que se niega el suministro en este caso no es utilizado por HP para producir los servidores basados en un procesador *Itanium*, pues ORACLE no suministra bases de datos relacionales a HP para que esta los incorpore en los servidores *HP Integrity*, sino que las suministra al cliente final. Tampoco HP vende sus servidores *Integrity* exclusivamente si el cliente compra o tiene una base de datos de ORACLE, ya que los servidores *Integrity* también funcionan sin una base de datos RDBMS.

En el análisis de todas las circunstancias que afectan al contexto en el que se da la práctica, también ha quedado acreditado las profundas interrelaciones que existen entre los distintos segmentos de la infraestructura tecnológica, pero no se debe obviar que el anuncio de ORACLE se refiere a las versiones futuras y que, en el momento de la negativa, la proporción de clientes afectados es ínfima, si bien estos clientes deben replantearse y adaptarse en un horizonte temporal variable, dependiendo de su posición estratégica y sus necesidades de almacenamiento, decisiones respecto a la infraestructura tecnológica.

Siguiendo con una línea estricta como estándar para que la normativa de defensa de la competencia imponga a ORACLE la obligación de desarrollar un producto todavía inexistente, afectando por tanto al componente más estratégico de su negocio, se debe comprobar si la base de datos relacional de ORACLE es **indispensable** en el sentido de la jurisprudencia europea⁹⁹.

En primer lugar, cabe indicar que la indispensabilidad de la base de datos de ORACLE de la que se niega su compatibilización no se puede sostener sobre la base de que sea indispensable para un único competidor, sino que tal insumo debe ser indispensable para cualquier operador que compita en el mercado de servidores. Una interpretación contraria implicaría afirmar que existen alternativas para competir en el mercado de servidores que no necesitan de la base de datos de ORACLE y que, por tanto, la misma no es indispensable para competir en dicho mercado. Es decir, para acreditar que la base de datos de ORACLE es indispensable, se debería haber acreditado que dicha base de datos era necesaria para que cualquier fabricante de servidores pudiera competir en el mercado de servidores, incluidos IBM, Novell, Red Hat y otros. No obstante, ha quedado acreditada la presencia en el mercado de servidores, incluso de gama alta, de otros fabricantes de servidores que no ejecutan principalmente software de ORACLE, por ejemplo IBM. A esto hay que añadir que incluso HP compite en este mercado con otros servidores, los basados en la plataforma x86, conforme a la definición de mercado que ha considerado adecuada esta Sala.

Además, como ya se consideró en la resolución de la CNC de 2013, el PCH afirmaba que HP se iba a ver imposibilitada para seguir cubriendo el 70% de su demanda como consecuencia de la decisión de ORACLE. Según estimaciones de ORACLE, al menos el 50% de los servidores HP *Integrity* se utilizan con *Oracle Database*. Independientemente de qué dato se escoja, ambos ponen de manifiesto que no existe una indispensabilidad tampoco para HP. Esto es así, porque aunque las bases de datos relacionales de ORACLE son las más importantes en el mercado, lo que le da una posición de liderazgo en el mercado de bases de datos, estas no son la única alternativa económicamente viable en el mercado. Aun teniendo en cuenta que, como acredita el hecho 10, en general para los clientes que utilizaban servidores de HP basados en *Itanium* y *Oracle Database* puede tener un mayor sentido económico y ser más arriesgado sustituir dicho servidor antes que la base de datos, lo cierto es que la competencia en el mercado de bases de datos no es nula. Los fabricantes de bases de datos promocionan activamente dicha migración y concentran su mensaje publicitario en la facilidad de la migración (folios 6089 y 6249 a 6555).

Además, es difícil acreditar la indispensabilidad requerida para la existencia de una negativa de suministro en el sentido del artículo 102 del TFUE y del artículo 2 de la LDC, con el estándar estricto al que se ha hecho referencia en párrafos

⁹⁹ Véase el asunto *Bronner* y la Comunicación de la Comisión, de 24 de febrero de 2009, acerca de las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. DOUE C 45/17.

anteriores, cuando la propia HP vende servidores que no utilizan *Oracle Database*.

Conjuntamente, que algunos de los clientes españoles consultados afirmen que tenderían a cambiar el servidor basado en una plataforma *Itanium* de HP, en lugar de la base de datos de ORACLE, no presupone que dejaran de demandar servidores HP que pudieran estar basados en otra plataforma que no fuera *Itanium*. De esto se deduce que HP se vería afectada en sus ventas relativas a dichos servidores, pero no quedaría expulsado del mismo.

Por último, la decisión de ORACLE afecta a las versiones futuras del software, pero no a las versiones existentes. Por tanto las versiones actuales pueden seguir siendo utilizadas en los servidores HP como otra alternativa posible a la migración a servidores distintos de los servidores basados en la plataforma *Itanium* futura.

A pesar de que no ha quedado acreditada la constatación de que la base de datos relacional de ORACLE sea indispensable, la conducta de ORACLE **debe tener el riesgo o poder surtir el efecto de eliminar la competencia efectiva** en el mercado relevante¹⁰⁰.

En primer lugar, HP en el momento de la conducta imputada a ORACLE ya fabrica servidores que incorporan otro tipo de procesador (el procesador x86) que, aún afirmando la DI que no son un producto completamente equivalente al procesador *Itanium* en el momento del procedimiento, ya ejercían una presión competitiva sobre el mercado. Además, desde un análisis prospectivo realizado por el cliente final para la posible migración de servidores, cuando estos finalizaran su vida útil, los servidores basados en procesadores x86 serían una alternativa potencial, como ya ponían de manifiesto informes especializados de la industria tecnológica.

Esto implica que la conducta de ORACLE, que afecta solo a los servidores basados en una plataforma *Itanium*, no tiene la aptitud para eliminar la competencia efectiva, incluso de HP. No obstante, HP considera que la decisión de ORACLE puede imposibilitar una transición ordenada por parte de HP del uso de procesadores *Itanium* a los *Xeon86*, pero se debe tener en cuenta que HP es una empresa con una posición importante en el mercado de servidores, aunque inferior a IBM. Así, el estándar que sería de aplicación, según esta afirmación de HP, para obligar a ORACLE a desarrollar un producto del que no dispone sería tan bajo que prácticamente cualquier conducta de ORACLE en el mercado de

¹⁰⁰ Ver Sentencia TPI Microsoft, nota al pie 98, aptdo. 563: « No es necesario demostrar la eliminación de toda competencia en el mercado. Lo relevante, en efecto, para acreditar una infracción del artículo 82 CE es que la negativa controvertida comporte el riesgo o pueda surtir el efecto de eliminar toda competencia efectiva en el mercado. A este respecto, hay que puntualizar que el hecho de que los competidores de la empresa en posición dominante permanezcan de forma marginal en algunos «nichos» del mercado no puede bastar para apreciar que existe tal competencia ». Véase también Sentencia del TJUE, de 27 de marzo de 2012, en el asunto C-209/10 *Post Danmark*. aptdo. 24 y ss.

bases de datos pudiera ser considerada anticompetitiva en el mercado de servidores.

Es importante, además, tener en cuenta que la disminución en el interés existente hacia los servidores basados en tecnología RISC/EPIC y el progresivo incremento de ventas de los servidores basados en plataformas x86 ya permitían a los operadores presentes en el mercado de servidores observar y prepararse para un proceso de convergencia entre las dos plataformas antes de que tuviese lugar la conducta imputada a ORACLE. Esto se puede afirmar tanto respecto de un empresario que opere diligentemente en el mercado como del propio HP, que ya era consciente previamente a la conducta de ORACLE del futuro no tan brillante de las plataformas *Itanium* y preparaba estrategias en este sentido, como acredita el hecho 9.

En segundo lugar, es discutible que la decisión de ORACLE tenga la capacidad de eliminar la competencia efectiva en el mercado de servidores cuando la empresa líder en dicho mercado es IBM. IBM no se ve afectado por la decisión de ORACLE de cesar de compatibilizar su base de datos con los procesadores *Itanium*, porque IBM no utiliza servidores basados en esta plataforma.

El hecho de que la decisión de ORACLE no tenga la aptitud para eliminar la competencia efectiva, ni siquiera de HP, prueba que la decisión de ORACLE, en su caso, puede producir un incumplimiento de los compromisos previos a los que hubiera llegado con HP, pero no puede concluirse que origina un problema contra el interés de la libre competencia.

Por ello, esta Sala entiende que la decisión de ORACLE de dejar de compatibilizar sus versiones futuras de *Oracle Database* con los servidores que utilizan la plataforma *Itanium* no constituye un abuso en el sentido del artículo 102 del TFUE y artículo 2 de la LDC porque, en primer lugar, el insumo no era indispensable y, en segundo lugar, y como consecuencia del anterior, no tiene la capacidad de eliminar la competencia efectiva en el mercado de servidores.

4.5.2 Sobre la discriminación abusiva

Los requisitos para considerar una conducta de una empresa en posición de dominio como una discriminación abusiva se han indicado en el apartado anterior. Así, la DI señala que ORACLE, mediante su conducta de negarse a compatibilizar su base de datos *Oracle Database* con los servidores que utilizaran una plataforma *Itanium*, como los HP *Integrity*, estaría discriminando abusivamente por seguir compatibilizando su base de datos con sus propios servidores SPARC y los servidores de IBM basados en su procesador *Power*. Así, la plataforma *Itanium* se vería discriminada respecto al resto de plataformas hardware RISC/EPIC. En particular, la DI indica que “*el anuncio de ORACLE en el mercado de las bases de datos de alto rendimiento resulta abusivo y exclusionario porque supone un cambio en la política de compatibilidad de ORACLE, desde una concepción abierta a todas las plataformas hardware más*

*destacadas a una más cerrada en la que no es compatible con la oferta del segundo operador con mayores ventas entre los servidores UNIX*¹⁰¹.

En primer lugar, esta Sala considera que ORACLE no se niega a compatibilizar su base de datos con los servidores de HP, sino que se niega a compatibilizar su base de datos con los servidores que utilizan un procesador *Itanium* de Intel, si bien dicho procesador es usado prácticamente en su totalidad por los servidores de HP, [XXX] (folio 1500). No obstante, ORACLE no se niega a compatibilizar su base de datos para el resto de servidores de HP que utilicen un procesador distinto del *Itanium* de Intel, como era el caso de los emergentes procesadores x86.

En segundo lugar, vuelve a ser relevante que ORACLE no estaría discriminando sobre la base de un producto del que ya dispone, sino sobre la base de sus líneas estratégicas de inversión para la elaboración de una base de datos futura compatible con los procesadores *Itanium*, lo cual es una decisión que puede afectar a la innovación y el desarrollo de nuevos productos.

Si bien no se realiza en el expediente un análisis exhaustivo de por qué los servidores basados en la plataforma *Itanium* son equivalentes, en el sentido del artículo 102 del TFUE y 2 de la LDC, a los servidores SPARC de ORACLE y los servidores de IBM basados en su procesador *Power*, más allá de que se basan en la misma tecnología *RISC/EPIC*¹⁰², ORACLE parece asumir tal circunstancia al señalar que no tomó dicha decisión basada en que el coste de desarrollo de dicha compatibilización fuera un factor clave (folio 6164)¹⁰³, aunque en alegaciones posteriores señala que la DI se ha abstenido de acreditar que haya “condición” y “equivalencia”, sin desarrollar estos extremos (folio 8897).

Pero aun teniendo dudas sobre la equivalencia de transacciones, se debe acreditar la existencia de una desventaja competitiva en el sentido del artículo 102.2, letra c) y artículo 2.2, letra d) de la LDC, de acuerdo con el test legal aplicable a una discriminación abusiva.

La DI describe que ORACLE pasa de aplicar una política de compatibilidad con una concepción abierta a todas las plataformas de hardware a una más cerrada que no es compatible con HP y, en relación con el modelo de negocio empleado por ORACLE para obtener una posición de dominio, señala que *“al declarar desde un principio que su RDBMS era compatible con todas las plataformas de hardware destacadas, ORACLE se benefició de una penetración más rápida que*

¹⁰¹ Propuesta de Resolución, aptdo. 299.

¹⁰² Propuesta de Resolución, aptdos. 297 y 298.

¹⁰³ Aunque ORACLE indica que la DI no tiene en cuenta los costes del servicio técnico de soporte a los clientes de carácter ininterrumpido, las correcciones de errores y actualizaciones y el coste de oportunidad de desarrollar dicha plataforma

*contribuyó a que se convirtiera en el operador dominante*¹⁰⁴. Ello le lleva a concluir que, a tenor de su política de compatibilidad inicial, no resulta lícito que se ampare con posterioridad en dicha posición de dominio para ejercer la discriminación descrita, excluir a un competidor significativo, y beneficiar a su propia actividad de servidores.

Ante las alegaciones de ORACLE al PCH¹⁰⁵, la DI considera sobre la discriminación abusiva, que dicha decisión no tenía sentido comercial pues el procesador *Itanium* era una de sus principales fuentes de ingresos para su base de datos. La DI basa esta afirmación en los datos de la consultora *Gartner* (folio 2601) y rechaza las metodologías propuestas por ORACLE¹⁰⁶. No obstante, ORACLE alega que no tomó la decisión de dejar de compatibilizar su base de datos con la plataforma *Itanium* por un análisis de coste del desarrollo de dicha compatibilización (folio 6164) o por un análisis de coste-beneficio a corto plazo, sino por el prolongado declive de la plataforma *Itanium* que estaba al final de su vida útil (folio 8897).

Precisamente, respecto a la obsolescencia tecnológica del procesador *Itanium* como justificación objetiva de ORACLE, la DI señala que *“todavía está lejos de ser obsoleto”* (folio 7603), fundamentado en las palabras de Intel y el acuerdo de esta con HP, al que hace referencia el hecho 7. Además señala que parte de los argumentos de ORACLE sobre la obsolescencia de *Itanium* podrían ser aplicables a su propio procesador *SPARC*, para el que ORACLE no anunció el cese de la interoperabilidad para las nuevas versiones de *Oracle Database*. Por último, la DI no considera relevante por su reducido peso en el mercado, aunque pueda serlo para acreditar la obsolescencia tecnológica, que Microsoft y Red Hat también hubieran discontinuado la interoperabilidad de sus bases de datos con el procesador *Itanium*. A partir de ello, la DI entiende que una empresa dominante no está habilitada para *“imponer a los consumidores sus percepciones sobre el atractivo técnico y la viabilidad futura de los distintos procesadores para servidores de gama alta”*

Esta Sala considera, que los argumentos anteriores incluidos en el PCH no son suficientes para acreditar la desventaja competitiva de HP de acuerdo con los requisitos legales exigibles para declarar una discriminación abusiva con base en el artículo 102.2, letra c) y en el artículo 2, letra d) de la LDC. En primer lugar, el cambio en la política de compatibilidad de ORACLE, por sí solo, no es capaz de reunir los requisitos de una discriminación abusiva y, como se ha indicado, tampoco puede la discriminación ser tratada como un abuso exclusionario, sin un análisis exhaustivo de la equivalencia de los servidores que utilizan una tecnología *RISC/EPIC*.

¹⁰⁴ Propuesta de Resolución, aptdo. 299.

¹⁰⁵ La Propuesta de Resolución las resume en los folios 7547 a 7549 y 7554 a 7556.

¹⁰⁶ Propuesta de Resolución, aptdos. 251 a 254.

De igual manera, esta Sala entiende que la evaluación de la evidencia que consta en el expediente sobre si ORACLE, actuando como un empresario diligente y competidor de HP, pudo entender que la obsolescencia del procesador *Itanium* estaba lo suficientemente cercana como para condicionar su decisión de inversión sobre un determinado producto futuro del que se beneficiara HP, tendría que tener en cuenta que la decisión estratégica de invertir en el desarrollo de un producto futuro no se adopta solamente sobre la base de un análisis de los rendimientos a corto plazo de ese producto, sino también de la viabilidad a largo plazo del mismo, sobre todo, en un sector tan dinámico como el tecnológico en el que las empresas tienen que centrar sus recursos financieros y humanos en nuevas tecnologías emergentes. Por ello, si bien la plataforma *Itanium* pudiera ofrecer cuantiosos rendimientos a ORACLE en el año previo a la toma de la polémica decisión, este no puede ser el único factor para tomar una decisión sobre la viabilidad futura de una inversión en dicha plataforma.

QUINTO. OTRAS ALEGACIONES AL ACUERDO DE RETROACCIÓN Y CUESTIONES PLANTEADAS EN FASE DE RESOLUCIÓN

5.1. Sobre la solicitud de prueba

El artículo 51.1 de la LDC dispone que el Consejo de la CNMC podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Competencia en la fase de instrucción y la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio.

Dicha Ley regula la práctica de pruebas como una actuación potestativa del Consejo, que las acordará en la medida en que las considere necesarias para aclarar cuestiones que no constan en la instrucción y que son precisas para la formación de su juicio antes de resolver.

Además, en materia probatoria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, es criterio del Consejo considerar que sólo son admisibles como prueba de descargo aquellas que tienen potencial influencia decisiva en términos de defensa, lo cual debe ser debidamente motivado por el interesado (SSTC 25/1991, 205/1991, 1/1996, 217/1998 y 101/1999).

En su escrito de 13 de noviembre, HP refiere y adjunta 6 anexos documentales referidos a escritos e informes incorporados al recurso 168/2013, seguido ante la Audiencia Nacional. Aunque la parte no propone formalmente prueba alguna, dicha documental queda incorporada al expediente (folios 8576 a 8861).

Por su parte, ORACLE propone, en su escrito de 13 de noviembre, que se incorporen como prueba documental los 6 anexos que acompañan, incluido el informe elaborado por [XXX], fechado el 9 de noviembre de 2018¹⁰⁷, que adjunta como anexo 3 (folios 8862 a 9101).

¹⁰⁷ Folios 9006 a 9047 en su versión confidencial, 9048 a 9088 en su versión censurada.

Analizada la idoneidad de las pruebas propuestas por las empresas, esta Sala considera pertinente incorporar al expediente todas las pruebas documentales aportadas por las partes junto con sus escritos de alegaciones al acuerdo de retroacción de actuaciones de fecha 4 de octubre de 2018, sin perjuicio de su valoración.

Posteriormente, HP en su escrito de alegaciones con fecha 28 de diciembre de 2018 (folios 9168 a 9175), se opone a la incorporación al expediente del expediente de [XXX], fechado el 9 de noviembre de 2018 (folios 9006 a 9088). HP alega que ORACLE no ha justificado por qué se aporta un nuevo informe pericial en relación con cuestiones que ya fueron valoradas por la DI y por la AN. Además, se refiere a su falta de pertinencia por no aportar nada nuevo y por referirse a informaciones irrelevantes ya que son posteriores a los hechos enjuiciados.

Sobre la incorporación al expediente de dicho informe cabe indicar, en primer lugar, que el TS señaló en la sentencia que supuso la retroacción de las actuaciones que la AN debió ordenar *“la retroacción del procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo a fin de que el órgano actuante (la CNMC) reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias.”* Por ello, el acuerdo de retroacción emplazaba a las partes a presentar *“las alegaciones que estimaran convenientes a su derecho, así como la información y documentación de la que dispongan en relación con este procedimiento y las prácticas analizadas”*. ORACLE, en ejercicio de su derecho de defensa, apoya sus afirmaciones (i.e. págs 21 y 26) acerca de la inexistencia de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE en dicho informe. En segundo lugar, HP manifiesta respecto al mismo informe de [XXX] de 9 de noviembre, que incide sobre *“cuestiones”* que ya fueron valoradas por la DI y la AN, sin embargo, estas, de acuerdo con la sentencia del TS, pudieron no haber sido valoradas pormenorizadamente por el Consejo de la CNC. En tercer lugar, HP rechaza la incorporación al expediente del Informe de [XXX], fechado el 9 de noviembre, sin embargo, aporta dos informes periciales acompañando a su escrito de alegaciones de 13 de noviembre de 2018, los cuales no formaban parte del expediente y sobre los que se podrían argüir las mismas razones que alega sobre el Informe de [XXX], fechado el 9 de noviembre.

Por último, HP conoció el día 14 de diciembre (folios 9136 a 9137), la documentación aportada por ORACLE en su escrito de alegaciones de 14 de noviembre, entre la que se incluye el informe de [XXX] de fecha 9 de noviembre, tras solicitar el acceso al expediente. Es, por ello, que pudo valorar el mismo y alegar lo que a su derecho interesase.

Por tanto, la incorporación al expediente del informe de [XXX], fechado el 9 de noviembre, se considera pertinente para apoyar las alegaciones de ORACLE, sin perjuicio de su valoración.

5.2. Sobre la solicitud de vista

ORACLE solicitó en su escrito de alegaciones de 14 de noviembre de 2018 la celebración de vista (folios 8862 a 9101). Posteriormente, HP solicitó en su escrito de alegaciones de 28 de diciembre de 2018 (folios 9168 a 9175) la celebración de vista oral para valorar la incorporación al expediente del Informe de [XXX], fechado a 9 de noviembre, en caso de que este fuera incorporado al expediente.

De acuerdo con el artículo 51.3 de la LDC y el 19.1 del RDC, el Consejo podrá acordar la celebración de vista, previa solicitud de los interesados y cuando la considere adecuada para el examen y enjuiciamiento del objeto del expediente. La celebración de vista, por tanto, tiene carácter potestativo y procede cuando se considere para la adecuada resolución del objeto del expediente.

Debido a la documentación aportada en sus escritos de alegaciones en los que las partes han manifestado sus posiciones respecto al expediente objeto de resolución y, fundamentalmente, en los remitidos los días 13 y 14 de noviembre de 2018 por HP y ORACLE, respectivamente, entre los que se incorporaba la prueba practicada ante la AN y las observaciones económicas posteriores a la Resolución de la CNC, esta Sala no ha considerado pertinente la celebración de una vista.

5.3. Sobre la notificación a la Comisión Europea y el acceso a su contestación

HP señaló en su escrito de alegaciones al acuerdo de retroacción de 13 de noviembre (folios 8576 a 8603) que era innecesaria la consulta elevada a la Comisión Europea en virtud del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003. La notificación a la Comisión Europea en virtud del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 fue realizada el día 22 de noviembre de 2018 (folios 9105 a 9113). Posteriormente, HP pidió acceso a la intervención de la Comisión Europea, cualquiera hubiera sido su formato.

Sobre los mecanismos de cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades de competencia de los Estados miembros, el artículo 42 de la LDC señala indubitadamente que *“en todo caso, se formará pieza separada especial de carácter confidencial con la información remitida por la Comisión Europea en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la Comisión Nacional de la Competencia previsto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.”*

5.4. Sobre la confidencialidad

ORACLE ha solicitado la confidencialidad de parte de la información contenida en su escrito de alegaciones de 14 de noviembre y en los documentos adjuntos (folios 8862 a 9101). ORACLE aporta también la versión censurada de los escritos en los que consta la información confidencial. De acuerdo con la solicitud formulada y de conformidad con el artículo 43 de la LDC, se declara confidencial

todo el escrito de alegaciones y los anexos en la versión presentada como confidencial por la empresa por afectar al secreto comercial e industrial del solicitante. Se incorporan al expediente las versiones no confidenciales.

En particular, la declaración de confidencialidad alcanza a los folios siguientes: folios 8862 a 8919 (escrito de alegaciones), folios 8976 a 8985 (anexo 1), folios 8986 a 9005 (anexo 2), folios 9006 a 9047 (anexo 3), folio 9089 (anexo 4), folios 9090 a 9097 (anexo 5) y folio 9098 (anexo 6). Las versiones censuradas de tales documentados quedan incorporadas como folios 8920 a 8970 (versión censurada del escrito de alegaciones), folios 8971 a 8975 (versión censurada de los anexos 1, 2, 4, 5 y 6) y folios 9048 a 9088 (versión censurada del anexo 3).

Por último, HP califica como confidencial el informe [XXX] que acompaña como anexo 2 a su escrito de alegaciones, informe fechado el 13 de junio de 2014 y aportado por ORACLE en el recurso seguido ante la Audiencia Nacional (folios 8642 a 8675). En la medida en que dicho informe no puede ser confidencial para ORACLE, entidad que encargó su elaboración, la Sala deniega la confidencialidad solicitada por HP.

Posteriormente, en el escrito de alegaciones de 28 de diciembre de 2018 (folios 9168 a 9175), HP solicitó que se denegase la solicitud de confidencialidad por parte de ORACLE en su escrito de alegaciones de 14 de noviembre, por no contener ningún secreto comercial, o, subsidiariamente se requiriese la aportación de una nueva versión no confidencial en la que se motivara la información que suponía un secreto comercial de ORACLE. En concreto, HP señala que en parte del escrito de alegaciones de ORACLE se declaran como confidenciales documentos de la propia HP e información y documentación muy antigua a la que probablemente ya ha tenido acceso HP. Del propio argumento de HP se concluye que ya está en conocimiento de dicha información. Respecto al argumento de que parte de la información declarada confidencial carece de cualquier relevancia comercial, esta Sala presume que si ORACLE protege dicha información puede afectar a su secreto comercial, pese a la afirmación de HP. Por ello, procede denegar la alegación de HP.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, y sin perjuicio de la apertura en su caso de un nuevo expediente de aparecer nuevos hechos o indicios, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar, al amparo del artículo 53.1 c) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que en el presente expediente no se ha acreditado suficientemente la existencia de infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos propuestos por la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de Competencia.

SEGUNDO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.